Das Darlehen

und die Abgrenzung

von den ihm ähnlichen Rechtsgeschäften,
mit Berücksichtigung der Bankpraxis
und des internationalen Privatrechts.

Inaugural-Dissertation
zur
Erlangung der Doktorwürde
der
Hohen Juristischen Fakultät
der
Universität Bern
vorgelegt von

Paul Fischer
aus Romanshorn.

(1929)

Verlagsanstalt Dornhirn. 223/32

Das Darlehen

und die Abgrenzung

von den ihm ähnlichen Rechtsgeschäften,
mit Berücksichtigung der Bankpraxis
und des internationalen Privatrechts.

Inaugural-Dissertation
zur
Erlangung der Doktorwürde
der
Hohen Juristischen Fakultät
der
Universität Bern
vorgelegt von

Paul Fischer
aus Romanshorn.

(1929)

Verlagsanstalt Dornhirn. 223/32

Inhaltsverzeichnis.

Seite

I. Kapitel.

Begriff und Rechtsgrund.

§ 1. Das Begriffsmerkmal der Vereinbarung 5
§ 2. Die Abgrenzung gegenüber dem Vorvertrag 8
§ 3. Die Hingabe zu Eigentum 13
§ 4. Das Merkmal der Vertretbarkeit 19
§ 5. Die Rückzahlungspflicht 20
§ 6. Der Rechtsgrund des Darlehens und die Abgrenzung von verwandten Rechtsgeschäften 23
I. Der Rechtsgrund 23
II. Verwandte Rechtsgeschäfte 26
1. Der Vorschuß 26
2. Das Diskontgeschäft 27
3. Das Lombardgeschäft 28
4. Das Sparkassengeschäft 30
5. Der irreguläre Hinterlegungsvertrag . . . 31
6. Der Krediteröffnungsvertrag 34
7. Der Kreditbrief 35
8. Der Kreditauftrag 36
9. Der Kontokorrentvertrag 36
10. Das Reportgeschäft 37
11. Die stille Gesellschaft 38

II. Kapitel.

Die Rechtsnatur des Darlehens.

§ 1. Real- oder Konsensualvertrag? 46
§ 2. Die Frage der Uebertragbarkeit 51

III. Kapitel.

Gegenstände des Darlehens.

§ 1. Gelddarlehen 52
§ 2. Geldsurrogate 57
§ 3. Sachdarlehen 59
§ 4. Oeffentliche Anleihen 60

IV. Kapitel.

Die Darlehensobligationen.

§ 1. Die Verpflichtungen und Rechte des Darleihers . . . 64
I. Die Pflicht zur Hingabe der Valuta 64
II. Das Widerrufsrecht des Art. 316 67
§ 2. Die Verpflichtungen und Rechte des Borgers . . . 70
I. Die Annahmepflicht 70
II. Die Haftung für das Kapital 72
III. Die Zinspflicht 74
IV. Die Rückzahlungszeit und -pflicht 79
V. Die Rückzahlungsvaluta 86
VI. Die Verjährung der einzelnen Ansprüche . . . 91

R. UNIV. BIBLIOTHEEK LEIDEN

Literaturverzeichnis.

Bank-Archiv, Zeitschrift für Bank- und Börsenwesen, herausgegeben von J. Rießer. Berlin. Bde. 6, 7, 19.

Becker, H., Kommentar zum Schweiz. Obligationsrecht. 1. und 2,2. Bern 1913 und 1923.

Blätter für zürcherische Rechtsprechung Bde. 9, 11, 13, 17, 22, 23.

Deutsche Juristen-Zeitung, Bd. 28.

Deutsche Juristische Wochenschrift Bd. 42.

Deutsche Reichsgerichts-Zeitung Bde. 71, 113.

Entscheidungen des schweiz. Bundesgerichts, Bde. 4, 14, 18, 20—27, 29, 32, 36, 44, 47—49, 51, 54.

Entscheidungen des deutschen Reichsgerichts in Zivilsachen, Bde. 16, 51, 57, 67, 68, 92, 104, 114, 116, 117.

Entscheidungen des deutschen Reichs-Oberhandelsgerichts, Bd. 20.

Entscheidungen des deutschen Reichsfinanzhofs, Bde. 4, 7.

Koch, Arwed, Der Kredit im Recht. Eine syst. Darstellung, unter besonderer Berücksichtigung der Bankpraxis. Jena 1925.

Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht, Bd. 11.

Nußbaum, Arthur, Das Geld in Theorie und Praxis des deutschen und ausländischen Rechts. Tübingen 1925.

Oser, H., Kommentar zum schweizerischen Obligationsrecht. Zürich 1915.

Praxis des Bundesgerichts. Monatliche Berichte über die wichtigsten Entscheide des Bundesgerichts, Bde. 9, 14, 15, 17.

Rechtsprechung der deutschen Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts, herausgegeben von Mugdan und Kalkmann, Bde. 8, 12, 18, 33—36, 40.

Recht, Das. Rundschau für den deutschen Juristenstand, begründet von H. Th. Soergel, Bde. 8, 11, 17.

Schey, Josef Freiherr v., Die Obligationsverhältnisse des österreichischen allgemeinen Privatrechts 1. Wien 1890.

Schneider-Fick, Das schweiz. Obligationsrecht, mit Erläuterungen 1. Zürich 1911.

Schweizerische Juristen-Zeitung, Bde. 11, 12, 17, 19, 25.

Staub-Koenige-Pinner-Bondi, Kommentar zum deutschen Handelsgesetzbuch. 12.—13. Auflage. Berlin 1926.

Tuhr, Andreas v., Der allgemeine Teil des schweizerischen Obligationsrechts 1 und 2. Tübingen 1923 und 1925.

— Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts 2,2. München u. Leipzig 1918.

Zeitschrift des bernischen Juristenvereins, Bde. 29, 32, 39, 49, 52, 57, 59, 60.

Zeitschrift für das gesamte Handels- und Konkursrecht, Bd. 27.

Zeitschrift für schweizerisches Recht, Bde. 33, 40, 42, 44, 47.

Abkürzungen.

Art.	=	Artikel des Obligationenrechts.
a. OR.	=	Bundesgesetz über das Obligationenrecht vom 14. Juni 1881.
BGB.	=	Deutsches bürgerliches Gesetzbuch vom 18. August 1896.
BGE.	=	Entscheidung des Bundesgerichts.
BlZürR.	=	Blätter für zürcherische Rechtsprechung.
DRGer.	=	Entscheidung des deutschen Reichsgerichts in Zivilsachen.
HGB.	=	Deutsches Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897.
OR.	=	Bundesgesetz betr. das Obligationenrecht vom 30. März 1911.
Prax.	=	Praxis des Bundesgerichts.
SchKG.	=	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889.
SJZ.	=	Schweizerische Juristen-Zeitung.
Tuhr, v., a. a. O.	=	Tuhr, v., Der allgemeine Teil des schweiz. Obligationenrechts.
ZBJV.	=	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins.
ZGB.	=	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907.
ZSR.	=	Zeitschrift für schweizerisches Recht.

I. Kapitel.

Begriff und Rechtsgrund.

§ 1.

Das Begriffsmerkmal der Vereinbarung.

Das schweizerische Obligationenrecht setzt den Begriff des Darlehens als bekannt voraus. In Art. 312 wird nicht etwa eine Definition gegeben, sondern es werden nur einzelne wichtige Punkte klargestellt, trotz des Randmarginale „Begriff". Eine bestimmte Form ist für das Zustandekommen des Darlehensvertrages nicht vorgeschrieben. Es genügt dazu die Hingabe eines Kapitals (Fungibilien), unter ausdrücklicher oder stillschweigender Willenseinigung zwischen dem Geber und dem Nehmer über die Uebertragung des Eigentums, als causa dieser Zuwendung. Nicht notwendig ist, daß die Erklärung der Uebergabe zu Eigentum ausdrücklich erfolge. Dasselbe gilt für die Verpflichtung zur Rückzahlung und für die Rückgabe in gleicher Gattung und Menge. Als stillschweigende Erklärung des Darleihers genügt die Annahme des Schuldscheins, der von ihm nicht unterschrieben zu sein braucht, auch dann nicht, wenn schriftlicher Vertragsschluß verabredet war. Ob Darlehen gewollt ist, läßt sich aber nur durch die wirkliche Absicht der Parteien feststellen. Denn in allen Fällen des Irrtums über den Zweck der Hingabe entsteht kein Darlehen, wie in dem Fall, wo der Geber Schenkung, der Nehmer Darlehen wollte. Darüber findet sich bekanntlich eine berühmte Stelle in den Digesten, L. 41, Dig. 1, 36, wo ebenso entschieden ist. L. 12 Dig. 1, 18 pr. widerspricht ihr aber, und dieser Widerspruch ist eine der bekanntesten Antinomien des Corpus Juris[1]. Die Parteien müssen über den Grund der Hingabe einig sein, wenn ein Darlehensvertrag entstehen soll.

[1] Vgl. über das Verhältnis der beiden Stellen zueinander Beseler, Kritische Studien 3, 57; 4, 126.

Dieser kommt auch nicht zustande, wenn die Verabredung in den für die Parteien wesentlichen Punkten an einer zu großen Unbestimmtheit leidet, wie hinsichtlich Leistungsort, Leistungszeit, Höhe des Zinsfußes[2]. Es muß sich wenigstens ein Anhaltspunkt hierfür finden lassen. Ein Indiz dafür, daß die Parteien, obgleich sie über gewisse Punkte noch nicht einig sind, den Vertrag als geschlossen betrachten, besteht unter Umständen dann, wenn sie mit der Ausführung des Vertrages beginnen.

Wer ein Darlehen zusagt mit der ausdrücklichen Beifügung, daß er es ablehne, sich rechtlich zu binden, die Erfüllung vielmehr seinem freien Belieben vorbehalten wolle, der gibt eine rechtsgeschäftliche Erklärung überhaupt nicht ab. Eine Willenserklärung mag ja auch hier vorliegen: der Erklärende kann die feste Absicht haben, die unverbindliche Zusage zu erfüllen, und bei der andern Partei mag das Vertrauen auf das Wort des Erklärenden die sichere Erwartung der Erfüllung hervorrufen. Ein Rechtsverhältnis aber wird durch eine derartige Erklärung nicht begründet[3]. Ein Darlehensversprechen mit dem Vorbehalt weiterer Ueberlegung ist also nicht rechtsverbindlich gemeint. Ist der Vorbehalt nicht erklärt, so ist er wirkungslos. So z. B. wenn jemand in Gegenwart des A dem B ein Darlehen (mit geheimem Vorbehalt) zusagt, weil er aus irgendwelchen Gründen nicht den Mut hat, dem B in Gegenwart des A eine Absage zu erteilen. Ein erklärter, jedoch unmoralischer Vorbehalt macht den Vertrag nichtig.

Bei der möglichen einseitigen Verpflichtung zur Darlehenshingabe (pactum de mutuo dando ist heute als freibleibende Offerte auszusehen) behält sich der Borger vor, den Darlehensvertrag abzuschließen. Die Entstehung seiner Verpflichtung hängt von seinem Willen ab, eine Verpflichtung seinerseits ist also keineswegs vorhanden, auch nicht eine in der Schwebe befindliche. Beredungen auf unverzinsliche Darlehen sind wohl in der Regel kaum anders zu denken, als gerade in einseitiger Richtung, auf Verpflichtung zur Hingabe[4].

Die subjektiven und objektiven Erfordernisse der Gültigkeit des Darlehens sind die allgemeinen. So kann der Vertrag

---

[2] Deutsche Jur. Wochenschrift 42, 541.
[3] DRGer. 68, 325.
[4] Vgl. hierzu S. 70 ff.

wegen wesentlichen Irrtums unverbindlich sein. Wesentlich ist dabei der Irrtum über die Person des Borgers, über die Verpflichtung zur Entrichtung von Zinsen oder über deren Höhe, wie auch über die Darlehenssumme. Doch wird im letzten Fall der Vertrag in Bezug auf die kleinere Summe doch gültig sein, wenn der Borger diese wollte. Dabei ist vorausgesetzt, daß der Irrtum sich auch auf die causa der Hingabe der Valuta erstrecken kann. Die Verpflichtung an sich ist stets wirksam bezüglich der kleineren Summe. Ein Fall eines unwesentlichen Irrtums liegt etwa da vor, wo derjenige, der sein Geld in einer Hypothek anlegt, sich über die Person des Eigentümers irrte, da dann die Sicherheit die Hauptsache ist. Das Wesen des Realkredits liegt darin, daß das hingegebene Kapital von etwaigen Wechselfällen in der Vermögenslage des Borgers unabhängig bleiben soll. Nicht wesentlich dürfte im allgemeinen auch der Irrtum über die Identität des Darleihers sein. Denn Irrtum in der Person, bezw. deren Eigenschaften gemäß Art. 24, Ziff. 2 würde in Bezug auf den Darleiher Irrtum über dessen Kreditfähigkeit bedeuten, die ja auf Seite des Darleihers außer Frage ist.

Gibt jemand ohne Vollmacht das Geld eines Dritten, oder eigenes Geld im Namen eines Dritten, so kann für diesen kein Darlehensvertrag entstehen; vorbehältlich nachträglicher Genehmigung. Die Entstehung des Darlehensvertrages ist positiv davon abhängig, daß beide Parteien handlungsfähig sind, Art. 395, Ziff. 5 und Art. 421, Abs. 4 ZGB. Ist der Darleiher handlungsunfähig, so entsteht kein Vertrag; wenn der Borger es ist, so ist er nicht aus Darlehen rückgabepflichtig, sondern aus ungerechtfertigter Bereicherung, Art. 62. Sodann ist es nach Art. 714, Abs. 2 ZGB. möglich, daß auch derjenige, dem Geld anvertraut ist, Darlehensverträge abschließen kann. Ein Handlungsbevollmächtigter aber kann für den Vollmachtgeber ohne spezielle Ermächtigung keine Darlehen aufnehmen, Art. 462, Abs. 2.

Der Darlehensvertrag ist geschlossen, wenn die Parteien über alle Hauptpunkte einig sind, Art. 2, Abs. 1. Ist der Darlehensvertrag in einem Hauptpunkt unvollständig, ohne daß die Lücke in einer von den Parteien vorgesehenen Art ergänzt werden kann, so ist er nicht wirksam. Die Vermutung des Art. 2 wird widerlegt durch den Nachweis, daß auch nur eine der beiden Par-

teien die vorbehaltene Vereinbarung bezüglich der Nebenpunkte zur Bedingung des Vertrages gemacht hat.

Im Gebiete des OR. gilt der Satz, daß der Vertrag im Zweifel keiner besonderen Form bedürfe, Art. 11, Abs. 1. Voraussetzung ist also lediglich, daß der Wille des Darleihers und derjenige des Borgers in irgend einer Form, mündlich wenigstens, geäußert werde, oder es besteht Schriftlichkeit, aber auch nur zwecks Willensäußerung. Die schriftliche Form ist für den Darleiher vorteilhafter, da er zum Beweis, daß ein Darlehen vorliegt, die Rückgabepflicht dartun muß[5]. In den westschweizerischen Kantonen konnten Darlehen bis 1912 von einem gewissen Betrage an nur schriftlich bewiesen werden.

Auf den Namen, den die Parteien dem Vertrage geben, kommt es nicht an, Art. 18. Dies ist kein error in negotio. Zur Feststellung des Vertragswillens kann auch der bisherige geschäftliche Verkehr in Betracht fallen[6], und auch gegenüber dem an sich klaren und unzweideutigen Ausdruck sind Berichtigungen zulässig mit Rücksicht auf den Zweck und die Umstände des Vertrages[7].

§ 2.

Die Abgrenzung gegenüber dem Vorvertrag.

Das Versprechen, ein Darlehen zu gewähren, war im römischen Recht der Vorvertrag zum Darlehensvertrag. In Art. 312 ist dieser Vorvertrag (pactum de mutuo dando) zum Vertragsbestandteil geworden: „Durch den Darlehensvertrag verpflichtet sich der Darleiher zur Uebertragung des Eigentums an einer Summe Geldes oder an anderen vertretbaren Sachen, der Borger dagegen zur Rückerstattung von Sachen der nämlichen Art in gleicher Menge und Güte." Der Darlehensvertrag ist nicht mehr Real-, sondern Konsensualvertrag. Gewiß ist die Konstruktion des römischen Rechts die zutreffende; diejenige des OR. ist unnatürlich, denn der Borger hat zurückzugeben, was er erhalten

[5] BGE. 20. 496, 23. 685, 29 II 551.
[6] BGE. 20, 497.
[7] BGE. 22, 144.

hat, nicht was verabredet war. „Es geht zu weit," sagt Kohler[8], „wenn das schweizerische (a) OR. in Art. 329 das Darlehen lediglich als Konsensualvertrag definiert." — „Aber," fährt er weiter, „die Inkorrektheit ist nicht größer, als wenn, wie es gewöhnlich geschieht, der Kauf nur als Konsensualvertrag definiert wird, während er sogar zweiseitiger Realvertrag sein kann." — Trotzdem ist aber auch zu einem konsensualen Darlehensvertrag ein Vorvertrag nicht undenkbar, aber ein solcher wird nicht häufig vorkommen. In der deutschen herrschenden Rechtslehre wird die Vereinbarung, auf Grund deren das Darlehen erfolgt, gestützt auf § 607 BGB. als Vorvertrag aufgefaßt. Denn nach § 607 ist das Darlehen Realvertrag: „Wer Geld oder andere vertretbare Sachen als Darlehen empfangen hat, ist verpflichtet, zurückzuerstatten." Nun besteht ja auch im schweizerischen Recht die Möglichkeit, einen Vorvertrag über die Gewährung eines Darlehens zu schließen, wie auch Becker[9] sagt. Denn ein Vorvertrag zu Verträgen ist in Art. 22 sanktioniert und die Parteien können ohnehin jeden möglichen und erlaubten Vertrag schließen. Dabei ist natürlich Voraussetzung, daß es sich um einen fertigen Vorvertrag, nicht nur um einzelne, der Bestimmtheit des Vorvertrages nicht genügende Punkte (ungenügende Punktation) handelt. Art. 22, Abs. 1 bestimmt: „Durch Vertrag kann die Verpflichtung zum Abschluß eines künftigen Vertrages begründet werden." Es hätte daher nur rein theoretische Bedeutung, mit v. Tuhr[10] über die Existenz echter Vorverträge — außer in den drei Fällen, wo er solche anerkennt: Vorverträge zu Grundbucheinträgen, aus denen die Identität der Grundstücke nicht genügend feststellbar ist, sodann Vorverträge über die Ausstellung von Wertpapieren, und schließlich Vorverträge, enthaltend das Versprechen, mit einem Dritten kontrahieren zu wollen — zu streiten. Ein Vorvertrag ist nicht, wie da und dort behauptet wird, eine tote Schulfigur, ein leerer Begriff der Theorie, sondern Wirklichkeit. A verpflichtet sich z. B. gegenüber B, ihm bei einem künftig aufzunehmenden Darlehen Bürgschaft zu leisten. Ein Landwirt verpflichtet sich, einem Kaufmann seine jeweilige

---

[8] Josef Kohler, im „Archiv für bürgerliches Recht" 2, 1889.

[9] Anm. 5 zu Art. 312. Auch F. Meili, Internationales Konkursrecht, Zürich 1909, 105 spricht von Darlehensvorverträgen.

[10] A. a. O. 235 f.

Ernte zu verkaufen, letzterer verpflichtet sich, die Produkte zu kuranten Preisen abzunehmen. Verträge über Hagelversicherungen, mit jährlich zu erneuernder Deklaration der in die Versicherung einzubeziehenden Früchte, usw. Außerdem, vom Standpunkt der Logik aus: das Versprechen, künftig einen Vertrag zu schließen, verneint doch geradezu den gegenwärtigen Willen zum Vertragsschluß. Es handelt sich hier nicht um aufgeschobene Erfüllung, sondern der maßgebende Wille ist in diesem Zeitpunkt noch nicht vorhanden. Es kann auch bemerkt werden, daß die Begriffe Vorvertrag und bedingter Vertrag zusammengeworfen werden; aber der bedingte Vertrag ist ja nicht auf den Abschluß eines zweiten Vertrages gerichtet.

Die Vorverträge dienen eben manchmanl einem dringenden Verkehrsbedürfnis, das besonders beim Darlehen erkennbar hervortritt. Es darf sogar gesagt werden, daß ein Vorvertrag zu einem Darlehen, und zu Kreditgeschäften überhaupt, jedenfalls der bedeutsamste und praktisch der wichtigste Fall eines Vorvertrages ist. Es liegt dies im Wesen des Kredits und dessen Einrichtungen. Beispielsweise kann in einem Vorvertrag erst die Zusage eines Darlehens erklärt werden, der Zinsfuß aber soll erst bei Abschluß des Darlehensvertrages bestimmt werden, nach den derzeitigen Umständen. Dabei versteht sich zum voraus, daß bei der Entscheidung der Frage, ob in casu ein Vorvertrag wirklich vorliegt, prinzipiell davon auszugehen ist, daß ein solcher nur dann existiert, wenn ein künftiger Vertragsschluß in Aussicht genommen und gewollt ist, und eine Verpflichtung zur Mitwirkung dabei gegenwärtig vertragsmäßig von beiden Parteien übernommen wird. Einen zutreffenden Maßstab dürfte wohl auch die Ansicht Dernburgs[11] geben: „Das pactum de contrahendo ist nur dann bindend, wenn aus ihm der Inhalt des versprochenen, zukünftigen Geschäfts im Streitfall richterlich bestimmt werden kann." Der Vorvertrag muß eben, wie jede Obligation, auf einer causa beruhen. Er kann nicht entstehen ohne wirksamen Rechtsgrund. Die Gefahr einer abstrakten Gebundenheit, wie sie nach Stintzing[12] beim Vorvertrag nach der herrschenden Meinung vorhanden sein soll, ist deshalb auch nicht

[11] Pandekten 2, § 10, Bürgerliches Recht 2, 1, § 83, 2.
[12] R. Stintzing, Die Vorverpflichtung. Diss. Erlangen 1903.

einzusehen. Denn wo gäbe es einen Richter, der auf das Verlangen, den Beklagten zu verurteilen, weil er tausend Franken zu geben mündlich versprochen habe, ein entsprechendes Urteil erlassen würde, nur deswegen, weil der Beklagte versprochen habe. Die Klage müßte abgewiesen werden, denn die causa ist nicht klargestellt, bezw. der Beklagte hat es in der Hand, einen Dissens zu schaffen. Der Konsens beim Abschlusse des Hauptvertrages begründet stets eine neue Verpflichtung, ob nun anläßlich des Abschlusses des Vorvertrages Willensmängel gemäß Art. 23 ff. vorhanden gewesen seien oder nicht. Weshalb den bloßen Vorverhandlungen, also unvollständigen Punktationen, noch eine rechtliche Bedeutung zukommen soll, wie Endemann[13] sagt, wenn ihnen direkt der Vertrag nachfolgt, ist nicht ersichtlich.

Aus Art. 312 ergibt sich, daß ein Vorvertrag zu einem Darlehensvertrag zweiseitig ist, pactum de mutuo dando et accipiendo. Auch im römischen Recht konnte es einen Darlehensvertrag geben, denn L. 20 Dig. 12, 1 spricht, in Zusammenhang mit L. 108 Dig. 15, 30 nicht gegen, sondern für die Anerkennung eines solchen durch Julian. Da das Gesetz für den Darlehensvertrag keine bestimmte Form vorschreibt, so ist auch für einen Vorvertrag keine solche notwendig. Nach einer Entscheidung des deutschen Reichsgerichts[14] fehlt dem Vorvertrag ohne jede Erwähnung der Darlehenssumme ein essentielles Merkmal. Meines Erachtens genügt aber dabei relative Bestimmtheit der Summe. Es wird Bezug genommen auf die Vermögenslage, bezw. die Höhe der Sicherheiten des Borgers, wie es z. B. beim Checkvertrag, unter Parteirollenwechsel, auch geschieht. Es kann also einen Vorvertrag zu einem Darlehensvertrag geben, der ganz allgemeinen Inhalt hat: jemandem Darlehen überhaupt gewähren zu wollen[15], Höhe der Darlehen eben nur nach der erwähnten Beziehung, Zeit gar nicht bestimmt. Ist es doch sogar eine Ausdruckweise des täglichen Lebens, „auf Verlangen" ein Darlehen zu gewähren. Mit dem Ausdruck: „kreditieren Sie"

---

[13] Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts 1, Leipzig 1881, Anm. 4 zu § 106.

[14] In Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten 36, Nr. 187.

[15] Ueber die Abgrenzung gegenüber dem Krediteröffnungsvertrag vgl. S. 34 ff.

ist wohl der Abschluß eines Darlehensvertrages gemeint. Ein Stundungsauftrag müßte die zu stundende Schuld näher bezeichnen. Als Kreditvertrag bezeichnet das Bundesgericht[16] den Fall, wo ein Darlehensbetrag nach Belieben in einzelnen Raten beziehbar und ebenso rückzahlbar ist. Der Vertrag ist ja gültig, wenn er auch bezüglich einzelner Hauptpunkte der Bestimmtheit ermangelt, wenn sich nur im Vertrag Anhaltspunkte vorfinden, nach denen Inhalt und Umfang der Leistung bestimmbar sind, so genügt dies. Oder die Parteien haben die Ergänzung ihrer Verabredung einer spätern Bestimmung durch einen der beiden Kontrahenten oder durch einen Dritten überlassen. Ueber die Folge der nachträglichen Unmöglichkeit der Regelung in diesem Sinn vgl. S. 7. Demnach ist ein Vorvertrag gültig, in dem A dem B ein Darlehen verspricht in Höhe des Betrages, der erforderlich ist, um ein Haus bestimmter Art zu bauen. Hier wird die notwendige Summe unter Berücksichtigung der individuellen Verhältnisse des B nach billigem Ermessen ermittelt werden können, da eine objektive Begrenzung gegeben ist. Oder der Umfang richtet sich kurzerhand nach dem Geschäftsbedürfnis des Borgers. Andererseits aber ist ein Versprechen des A, dem B soviele Darlehen zu geben, als er wünsche, mangels Bestimmbarkeit nach objektiven Gesichtspunkten ohne rechtliche Wirkung[17]. Hält A in diesem Fall sein Versprechen, so erfüllt er nicht einen Vertrag, sondern diese nicht bindende Zusage, die ja vielleicht auch ohne die Absicht rechtlicher Bindung erteilt wurde, vielmehr aus bloßer Gefälligkeit. Eventuell erfüllt A damit eine sittliche Pflicht. Ist diese jedoch nur eine vermeintliche, so

---

[16] BGE. 36 II 534.

[17] Das deutsche Reichsgericht (Entscheidung vom 8. Oktober 1929, veröffentlicht in „Berliner Tageblatt", Handelszeitung Nr. 557) erblickt in dem Umstand, daß der Kredit — und damit die Sicherung — unbegrenzt war, die Aufgabe jeder wirtschaftlichen Selbständigkeit des Kreditnehmers. Es erklärte daher einen Sicherungsübereignungsvertrag (vgl. zu diesem auch S. 28 f.), worin sich eine Lieferfirma gegen einen Kredit, der weder der Höhe nach noch zeitlich irgendwie beschränkt war, sämtliche Einrichtungsgegenstände, Rohmaterialien, Halbfabrikate, Fertigwaren, sowie die Außenstände laufend übereignen ließ, als unzulässig. Die Sicherung müsse sich in normalen Grenzen halten und dürfe nie dazu führen, daß die übrigen Beteiligten leer ausgehen, weil ihnen die Aufgabe der wirtschaftlichen Selbständigkeit des Kreditnehmers nicht erkennbar war.

kann die Valuta zurückgefordert werden. Dies ergibt sich durch Umkehrschluß aus Art. 63, Abs. 2.

§ 3.

Die Hingabe zu Eigentum.

Der Darlehensvertrag bedingt Eigentumsübertragung. Dadurch unterscheidet er sich von Leihe und Miete. Es liegt im Wesen des Konsensualvertrages, daß der Wille zur Eigentumsübertragung genügt. Nur wenn die Absicht, dem Borger Eigentum zu verschaffen, anläßlich der Verabredung vorhanden ist, kommt der Darlehensvertrag gültig zustande. Bei der Auffassung des Darlehens als Realvertrag besteht die Pflicht des Darleihers zur Hingabe nicht. Denn in diesem Fall kommt das Darlehen ja erst durch die Hingabe der Valuta zustande. Also kann es nicht richtig sein, wenn v. Schey[18] die Hingabe einer Sache mit der Bestimmung, den Erlös als Darlehen zu behalten — vom Realvertragsstandpunkt aus — ein suspensiv bedingtes Darlehen nennt. Sodann kann auch nicht von einer Hingabepflicht gesprochen werden bei einem Vorvertrag, da aus diesem lediglich die Pflicht zum Abschluß des Darlehensvertrages entsteht. Tradition und Darlehen verhalten sich also so zueinander, daß erstere nicht mögliche, sondern notwendige Voraussetzung des letzteren, umgekehrt aber letzteres nicht notwendige, sondern nur mögliche Folge der ersteren ist.

Es ist nun aber nicht Erfordernis, daß eine eigentliche Besitzesübergabe stattfinde. Das Darlehen kann auch rechnungsmäßig gewährt werden, durch Verrechnung, Belastung, Novation; im Wechselrecht durch Akzept, Zahlung des Wechsels an einen Dritten[19]. Es können außer Geld auch andere vertretbare Sachen übertragen werden, gegen Rückleistung des Geldwerts derselben[20], nicht aber Rechte. Der Darlehensvertrag kann ferner auch perfekt werden, wenn die Uebergabe der Valuta, obgleich sie unter

---

[18] A. a. O. 83.

[19] Vgl. die verschiedenen Möglichkeiten S. 64 f.

[20] Für die Rückgabe kann aber auch eine alternative Ermächtigung vorgesehen sein.

Umständen Eigentum zu übertragen nicht vermochte, dennoch tatsächlich für den Empfänger des Geldes denselben wirtschaftlichen Erfolg hatte, wie die Eigentumstradition, d. h. ihm auf Rechnung des Geldgebers die Nutzung des Kapitals ermöglichte. Daß der Borger bereits mit der Gutschrift auf seinem Konto Eigentümer wird, scheint mir v. Tuhr[21] zu Unrecht anzuzweifeln. Denn es genügt ja, wie gesagt, der Wille zur Eigentumsübertragung. Diese selbst ist erst Vertragswirkung.

Nach römischem Recht entstand die Darlehensobligation auch dann, wenn der Geldgeber nicht Eigentümer des Geldes war, dessen Empfänger aber nachträglich durch Ersitzung in gutem Glauben oder durch Vermischung mit eigenem Geld das Eigentum an den Geldstücken erlangte. Ebenso, wenn er das fremde Geld verbrauchte. Im letzteren Fall kam aber der gute Glaube nicht in Frage, wie mehrere meinen[22]. Die Römer kannten das Prinzip des guten Glaubens in unserem Sinne nur bei der Ersitzung, sonst aber, im Obligationenrecht, bedeutete ihnen „bona fides" etwas anderes. Deshalb griffen sie hier, bei Geld, vor allem zum Rechtsgedanken der Eigentumsentstehung durch commixtio. Daraus ergibt sich, daß es für die richtige Erfüllung des Darlehensvertrages nicht immer wesentliches Erfordernis war, daß der Empfänger des Geldes ab initio Eigentümer desselben wurde. Solche Fälle kennt auch das ZGB. (vgl. S. 17 f.). Wir würden daher mit Schloßmann[23] darin einig sein: die Uebertragung der Valuta zu Eigentum ist zwar Essentiale des Darlehensvertrages, also Rechtselement, das nicht weggedacht werden kann, ohne daß der Begriff des Darlehensverhältnisses zerstört wird, aber sie ist nicht causa principalis. Auch die Pandektisten sagen, daß es mehr auf die Erreichung des Darlehenszwecks, als auf die Mittel, diesen zu erreichen, ankomme[24].

Die direkte Hingabe besteht in der Hauptsache in der Kapitalsüberlassung. Ist kein anderer Zahlungmodus vereinbart, so ist durch Barzahlung zu erfüllen. In diesem Fall kann An-

---

[21] A. a. O 407. Bejahend Koch, a. a. O. 27.

[22] So z. B. auch v. Schey, a. a. O. 79.

[23] Darlehen auf fremden Namen, in Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart 9, 531.

[24] Dernburg, Pandekten 2, 286; Brinz, Pand. 474, Girard-Mayer, Pand. 355.

nahme eines noch so sichern Checks verweigert werden. Daß nur Bargeldüberweisung ordentliche Geldschulderfüllung darstellt, ist auch die Meinung der herrschenden deutschen Geldrechtstheorie[25]. Nach Verschaffung eines Vermögensvorteiles aus anderer causa, wie z. B. aus der causa donandi, kann diese nicht nachträglich durch Verabredung der Parteien verändert werden.

Die indirekte Hingabe kann erfolgen durch einen Dritten, so durch Vertrag zu Lasten Dritter, durch Anweisung, Wechsel, Check. An einen Dritten kann sie geschehen durch Vertrag zugunsten Dritter, durch Zession und Girierung. Kein Darlehen liegt vor beim Kreditkauf, da ja zukünftig eine Gegenleistung erfolgt, die Preiszahlung. Der Trödlervertrag und der contractus mohatrae (bezw. mandatum in rem suam) stellen unechte Darlehensverträge dar. Bei der Hingabe durch einen Dritten ist zu bemerken, daß diese nach schweizerischer Rechtslehre auch ohne Wissen und Willen des Darleihers erfolgen kann[26]. Dieser Satz war schon im gemeinen Recht anerkannt und ist ausdrücklich normiert in § 267 BGB., wonach der Borger bei Widerspruch des Darleihers die Leistung annehmen oder ablehnen kann. Im letzteren Fall kommt der Borger aber nicht in Annahmeverzug. Voraussetzung zu einer Hingabe durch einen Dritten ohne Wissen und Willen des Schuldners ist jedoch, daß es sich nicht um eine höchstpersönliche Leistung handle, was ja nun allerdings beim Darlehensverhältnis nicht in Frage kommt.

Nach Art. 74, Abs. 2 sind Geldschulden an dem Ort zu zahlen, wo der Gläubiger zur Zeit der Erfüllung seinen Wohnsitz hat. Es sind Bringschulden. Da das Darlehen im gemeinen Recht Realvertrag war, so bedeutete die Leistung des Darleihers nicht eine Zahlung auf Schuld. Daher war sie nicht Bring-, sondern Holschuld. Als solche ist sie auch heute noch, trotz Konsensualvertrag, aufzufassen[27]. Daraus folgt dann, daß der Darleiher den Borger im Falle der Versendung der Valuta mit den Versendungskosten belasten darf.

Hinsichtlich der Gefahrstragung sind die verschiedenen Kommentatoren, sowie v. Tuhr darin einig, daß Art. 185,

---

[25] H. Isele, Geldschuld und bargeldloser Zahlungsverkehr, im Archiv für die zivilistische Praxis NF. 9, 137.

[26] Vgl. Oser, Anm. 2 und Becker, Anm. 3 zu Art. 68.

[27] So auch Becker, Anm. 11 zu Art. 312.

Abs. 2 nicht auf den Darlehensvertrag angewendet werden kann. Dies dürfte allerdings von vorneherein sicher sein. Die Genannten geben zwar für ihre Stellungnahme keine Gründe an. Oser[28] läßt die Regeln des Art. 185, Abs. 2, wonach zum Gefahrsübergang bei Gattungsschulden erforderlich ist, daß diese ausgeschieden, und, falls sie versendet werden sollen, zur Versendung abgegeben sein sollen, für Veräußerungsgeschäfte im allgemeinen gelten. Das Darlehen ist nun aber kein eigentliches Veräußerungsgeschäft. Becker spricht in seinen Anmerkungen zu Art. 185 stets nur von den verschiedenen Arten des Kaufsgeschäfts. Schneider-Fick nimmt bei Art. 185, Abs. 2, keine Stellung zu der Frage. Doch verweist er bei Art. 71 für das Darlehen auf Art. 312. Ferner ist v. Tuhr[29] gegen eine Ausdehnung auf alle Gattungsschulden. Wir schließen uns diesen Auffassungen an, und zwar vor allem deshalb, weil es sich beim Darlehen schlechthin um eine Geldschuld handelt. Art. 185 befindet sich im VI. Titel: Kauf und Tausch. Hier wird, eben mit Ausnahme des in Frage stehenden Absatzes, stets von individuell bestimmten Sachen gesprochen. In Art. 185, Abs. 2 nun wird für den Begriff der Gattungssachen auf Art. 71 verwiesen. Dieser Artikel kommt aber für Geldschulden, und somit für das Gelddarlehen nicht zur Anwendung. Dafür ist Art. 84 da. In Art. 71, Abs. 2, heißt es doch: „Er (der Schuldner) darf jedoch nicht eine Sache unter mittlerer Qualität anbieten." Geld unter mittlerer Qualität gibt es aber bei unserer nominalistischen Geldverfassung nicht mehr. Zweitens haben wir soeben festgestellt, daß der Borger die Valuta beim Darleiher zu holen hat, bezw. die Versendung zu seinen Lasten erfolgt. Der Borger hat daher auch im Falle der Versendung (in der deutschen Literatur wird hier von einem besonderen „Versendungsdarlehen" gesprochen) die Gefahr der Sache zu tragen. Damit befindet sich der Darlehensvertrag, was die Verpflichtung des Darleihers anbelangt, in dieser Beziehung in einer Ausnahmestellung zu den andern Geldschulden. Mit einer andern Begründung gelangt auch das Bundesgericht zu dieser Ansicht[30]: „Zum Wesen des Darlehens gehört, daß der Empfänger die gleiche Summe, die

[28] Anm. I zu Art. 185.
[29] A. a. O. 50.
[30] BGE. 4, 645.

ihm vom Darleiher zu Eigentum übergeben wurde, zurückzahlen muß, und daher der erstere, nicht der letztere, die Gefahr für den Verlust des Kapitals trägt." Diese Argumentation ist jedoch nur für die Forderung auf die Rückgabe zutreffend. Es wurde auch schon gesagt[31], daß beim Gefahrsübergang ein Unterschied zu machen sei zwischen dem verzinslichen und dem unverzinslichen Darlehen. Aber abgesehen davon, daß der Zins kein wesentliches Merkmal des Darlehensvertrages ist, so ist der Vorteil an sich kein Kriterium, weil zu unbestimmt, d. h. das Darlehen kann z. B. verzinslich sein, aber der Borger erlangt vielleicht mit dem geborgten Geld seinerseits Vorteile, die größer sind, als diejenigen des Darleihers.

Gibt der Darleiher dem Borger fremdes Geld oder andere nicht ihm gehörende vertretbare Sachen, so erwirbt der Borger, falls er gutgläubig ist, trotzdem sofort Eigentum gemäß Art. 935 ZGB. Aus welchem Titel der Darleiher in den Besitz der als Darlehen hingegebenen Valuta gelangt ist, ist für die Darlehensobligation grundsätzlich gleichgültig. Denn der Borger darf annehmen, daß die condicio juris der Eigentumsübertragung: die Befugnis des Darleihers, vorhanden ist. Gutgläubiger Erwerb schafft unbedingtes Eigentum. Derart äußert sich auch Rossel[32]: „Il n'est pas nécessaire que le prêteur soit réellement propriétaire de la chose prêtée pour que le contrat soit valable." Ist der Borger nicht in gutem Glauben, so ist Vermischung oder Konsumtion des Geldes möglich. (Eine Ersitzung gibt es in diesem Falle infolge Art. 728, Abs. 1 ZGB. nicht.) Der Rückgabeanspruch besteht nach wie vor. Art. 727 ZGB. ist nicht anwendbar auf die Vermengung von Geld. Das vermengte Geld geht in das ausschließliche Eigentum des Erwerbers über, sodaß eine Vindikation ausgeschlossen ist[33]. Durch die Vermengung wird also der Zweck, Uebergang des Kapitals in das Vermögen des Borgers, erreicht. Mit v. Schey[34] ist hier anzunehmen, daß der Darleiher, der mit fremdem Geld eine Rückforderung aus

---

[31] Wilhelm Cuno. Der Uebergang der Gefahr bei Gattungsschulden. Diss. Breslau 1901.

[32] Manuel du droit fédéral des obligations, 2ème édition, Lausanne et Paris 1905. 458.

[33] BGE. 47 II 267: Prax 10, 339.

[34] A. a. O. Anm. 18 zu § 9.

Darlehen erworben hat, bereichert ist, nicht aber der Borger, der durch die Aneignung des Geldes sich jenem gegenüber verpflichtet hat. Die wirtschaftliche Zweckbestimmung des erhaltenen Geldes wird ferner, was auch vorausgegangen sein mag, durch das Ausgeben desselben durch den Borger erreicht. Ohnehin wird die Konsumtion in der Regel erst nach der Vermengung erfolgen.

Was nun den Schutz des gutgläubigen Gelderwerbers betrifft, so darf die Ausdehnung dieses Schutzes auf ausländisches Geld nicht angenommen werden. Ostertag[35] ist zwar der Ansicht, daß nur ausländische Wertzeichen, die nur im Auslande dem Geld gleich stehen, nämlich Staatsscheine und Legitimationspapiere in Art. 935 nicht inbegriffen sein können. Da aber Geld im Rechtssinn nur dasjenige des Inlands ist, so kann der besondere Schutz des gutgläubigen Gelderwerbs dem Erwerber ausländischen Geldes in der Regel wohl nicht gewährt werden. Auswärtiges Geld ist Ware, weshalb ihm diese Vorzugsstellung nicht ebenfalls eingeräumt werden kann. Dies sagt auch Nußbaum[36], der dafür anführt, gerade dieser Schutz beim inländischen Geld sei geeignet und bestimmt, den Umlauf des inländischen Geldes zu fördern. Zudem scheint mir hier der Gedanke der commixtio zu versagen, da das ausländische Geld doch immer als Fremdkörper betrachtet wird. Anderer Meinung ist Wolff[37], wonach § 935, Abs. 2 BGB., dessen Inhalt mit Art. 935 ZGB. vollständig übereinstimmt, auch auf das reine Auslandsgeld Anwendung finden soll.

Ob die Darlehensvaluta im Interesse des Darleihers oder des Borgers diesem zu Eigentum übertragen werde, ist rechtlich belanglos. Vertragsschluß sowohl als Hingabe der Summe hat der Darleiher zu beweisen[38]. Dies folgt aus der allgemeinen Beweisregel des Art. 8 ZGB.[39] Behauptet der Borger Schenkung,

---

[35] Kommentar zum Sachenrecht, Anm. 2 zu Art. 935.

[36] Arthur Nußbaum, Das Geld in Theorie und Praxis des deutschen und ausländischen Rechts, 42.

[37] Martin Wolff, in Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts 4, 1, 591.

[38] Ebenso BGE. 22, 19 f.

[39] Oser, Anm. VI 1 zu Art. 312 meint, der Empfänger habe zu beweisen, daß der Hingabe der Darlehenszweck zugrunde liege (daß der Empfänger also Eigentum erworben habe), wobei er sich auf BGE. 21, 546 stützt. Das Zitat war nicht auffindbar, hingegen hat das Bundes-

so leugnet er den Klagegrund. Den Beweis, daß nicht Eigentum übergegangen sei, hat der Borger zu führen. Der Nachweis, daß das Darlehen mit eigenem Geld gegeben sei, gehört nicht zur Substantierung der Klage[40].

Die Erzwingbarkeit der Hingabe betreffend ist Becker[41] beizustimmen, daß sie im Wege der Zwangsvollstreckung möglich ist, sofern die Darlehensschuld auf Geld lautet. Es muß aber eine bestimmte Summe genannt worden sein. Nach einer andern Meinung[42] soll dies deshalb nicht angehen, weil es sich beim Darlehen nicht um eine Geldzahlung im Sinne des Art. 38 SchKG. handle, sondern um die „Erfüllung einer Verbindlichkeit zwecks Begründung einer Gegenverpflichtung." Aber das ist ja eben der Unterschied des Art. 312 gegenüber dem gemeinen Recht, daß die Leistung des Darleihers darnach eine solche credendi et solvendi causa ist.

§ 4.

Das Merkmal der Vertretbarkeit.

Die eigentümliche Natur des Leihobjekts, die Vertretbarkeit, die bei Geld zur Verbrauchbarkeit wird, bringt es mit sich, daß der Leihzweck nur durch Uebermachung des Kapitals zu Eigentum verwirklicht werden kann. Neben dem Ausdruck „vertretbare Sachen" kommen vor die Bezeichnungen „Gattungssachen" und „Quantitätssachen". Das OR. spricht von „Gattungssachen" (Art. 71, 120, 185, 206, 312 usw.). Die vertretbaren Sachen sind dadurch gekennzeichnet, daß bei ihnen „das Interesse nicht an bestimmten Stücken zu haften pflegt, sondern nur an einem bestimmten Betrag (Zahl, Maß, Gewicht) der bestimmten Gattung (Art, Sorte)[43]." Als vertretbare Sachen sind außer Geld vor allem zu nennen Briefmarken, Getreide und andere Waren des Großhandels, Brennmaterial der

gericht in BGE. 21, 814 festgestellt, daß dem Darleiher die Beweispflicht dafür zukommt.

[40] DRger. 16, 287; v. 12. X. 1886.

[41] Anm. 11 zu Art. 312.

[42] Bern. Appell.-Hof v. 12. IV. 1902, in ZBJV. 39, 225.

[43] F. Regelsberger, Pandekten 1, 378.

gleichen Sorte. Die einzelnen Stücke müssen die durchschnittliche Qualität ihrer Gattung aufweisen: tantundem eiusdem generis est idem. Von diesem Grundsatz aus kann denn auch die Möglichkeit der Begründung eines Darlehens in Tieren nicht allgemein verneint werden, wie G. Baudry-Lacantinerie[44] es tut: „On ne peut pas donner à titre de prêt de consommation des choses qui, quoique de même éspèce, diffèrent dans l'individu, comme les animaux. Alors c'est un prêt à usage."

Die Vertretbarkeit ist keine natürliche Eigenschaft solcher Sachen. Sie beruht auf der Wertung und Behandlung der Sachen im Verkehr, ist also eine wirtschaftliche Eigenschaft. Jedes der Gattung angehörende Stück kann Leistungsobjekt sein. Ob also eine Schuld Gattungsschuld sei, wird von der allgemeinen Verkehrsanschauung bestimmt, ob eine Speziesschuld vorliegt, richtet sich im einzelnen Fall nach dem Parteiwillen. Beim Darlehen handelt es sich deshalb im Prinzip um eine Summenschuld, im Gegensatz zum irregulären Depot, bei dem im Zweifel eine Sortenschuld vorliegt. Die Geldstücke sind nur dem Wert, nicht der Individualität nach bestimmt. Sie werden nicht als das gegeben und genommen, was sie körperlich darstellen, sondern als Vielfaches, Einfaches oder Bruchteil der ideellen Einheit Franken.

§ 5.

Die Rückzahlungspflicht.

Auch ohne ausdrückliche Erwähnung der Verpflichtung zur Rückgabe sind die Parteien, sobald das Wort „Darlehen" fällt, darüber einig, daß eine Rückleistung des Empfangenen zu erfolgen hat. Und zwar handelt es sich beim Darlehen nicht um Rückgabe von Sachen, wie bei andern Verträgen auf Rückgabe, sondern um Rückerstattung eines in das Vermögen des Borgers übergegangenen Geldwertes.

Rückgabe setzt den Empfang der Valuta voraus. Dies gilt insbesondere in Bezug auf den Umfang dessen, was zurückzu-

[44] G. Baudry-Lacantinerie-Guyot, Précis de droit civil, 13ème édition, Paris 1925, 2, 517.

geben ist: man hat zurückzugeben, was man empfangen hat, nicht was verabredet worden ist.

Der Inhalt der Verpflichtung entsteht zwar schon consensu, deren Umfang aber erst re. Theoretisch bestünde ja allerdings kein Hinderungsgrund, sich schon vor der Hingabe zur Rückgabe von so und soviel zu verpflichten. Würde aber eben die Hingabeleistung nicht oder nicht vollständig erbracht, so wäre auch kein Anspruch auf Rückleistung entstanden, bezw. würde er auf eine geringere Summe lauten. Die Rückgabepflicht kann erst verwirklicht werden, nachdem das Darlehen ausbezahlt worden ist. Nicht richtig aber ist jedenfalls die kategorische Erklärung von Lübbert[45], die Auffassung, daß man sich zur Rückgabe erst bei der Hingabe zu verpflichten habe, sei dem Verkehr ganz fremd. Sagt er doch selbst[46], die Vorleistungspflicht des Darleihers sei Essentiale des Darlehensvertrags.

Der Darlehensvertrag allein legitimiert also den Darleiher noch nicht zur Klage auf Rückzahlung. Der Darleiher muß beweisen, daß er die Valuta wirklich ausbezahlt hat. So sagt auch das deutsche Reichsgericht in einem seiner jüngsten Entscheide[47]: „Ein schriftlicher Darlehensvertrag kann noch nicht als Schuldschein angesehen werden. Der schriftliche Vertrag beweist den Abschluß des Darlehensvorvertrags, dagegen nicht die Darlehensschuldverpflichtung des Beklagten, die erst mit der Hingabe zur Entstehung gelangt." Zurückzugeben ist ebensoviel wie das Erhaltene, von gleicher Art und Güte, falls es sich nicht um Geld handelt. An der Rückzahlungspflicht allein nur erkennt man den Darlehensvertrag, sie ist dessen typisches Merkmal. Dadurch unterscheidet er sich insbesondere vom Vorschuß einerseits, andererseits von familienrechtlichen Zuwendungen[48] und von der stillen Gesellschaft. (Vgl. S. 38 ff.) Praxis und Bundesgericht[49] halten stets daran fest, daß, wer Darlehen behauptet, die Rückgabepflicht beweisen muß: der Darleiher. Dies folgt ja auch aus Art. 8 ZGB.

---

[45] Erich Lübbert, Der Kreditvertrag, in Iherings Jahrbüchern für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts II. F. 16, 352.

[46] A. a. O. 357.

[47] DRGer. 117, 60; v. 2. V. 1927.

[48] Vgl. BlZürR. 9, 6.

[49] Vgl. Anm. 5.

Es ist nun aber in der Literatur gerade streitig, ob die Rückgabepflicht wesentliche Verpflichtung des Darlehensvertrages sei[50]. Wie sollte man dann, bei Verneinung dieser Frage, noch erkennen können, ob ein Darlehen vorliegt? Die gegenteilige Ansicht ist daher entstanden, daß behauptet wird, die Leistung des Darleihers erfolge heute, infolge der Konstruktion des Darlehensvertrages als Konsensualvertrag, allein noch solvendi causa[51], während sie eben solvendi wie credendi causa erfolgt. Dies ist auch die Meinung von v. Tuhr[52]: „In gewissen Fällen beruht eine Zuwendung gleichzeitig auf der causa solvendi und der causa credendi. Wer z. B. ein von ihm versprochenes Darlehen auszahlt, hat zugleich seine Pflicht erfüllt und seine Forderung auf Rückzahlung erworben." (Vgl. S. 23 f.) Weiterhin wird gegen unsere Auffassung angebracht, die Rückgabeleistung sei nicht Gegenleistung. Rückgabepflicht und Rückgabeleistung sind aber auseinanderzuhalten.

Ist weniger als das Erhaltene zurückzugeben, so liegen zwei Rechtsgeschäfte vor: teilweise Darlehen und teilweise Schenkung. Soll der Borger Sachen der gleichen Art zurückerstatten, so ist dies ein Warendarlehen. Verpflichtet sich der Empfänger zur Rückgabe anderer Sachen als der erhaltenen, so ist das Rechtsgeschäft nicht Darlehen, sondern Kauf oder Tausch[53]. Eventuell steht dem Borger für die Rückgabe eine alternative Ermächtigung zu.

---

[50] H. Hafner, Das Obligationenrecht, mit Anmerkungen, 2. Auflage, Zürich 1905, 169, Max G. H. Wolff, Wesen und Voraussetzungen der Zession, Diss. Zürich 1916. 65, Adolf Hohenstein, Zur Darlehenslehre nach BGB., Diss. Erlangen 1907, 58.

[51] So Wolff, a. a. O. 65.

[52] A. a. O. 179.

[53] Kein Tausch, sondern Darlehen, ist nach DRGer., in „Deutsche Juristen-Zeitung" 28, 112 die Ueberlassung von Gummireifen für ein Auto, gegen die Verpflichtung, später andere zurückzugeben. — Bei der Vermietung von Getreide- oder Kohlensäcken mit der Abrede, daß Säcke der gleichen Art zurückzugeben sind, könnte man ebenso gut an Darlehen denken.

§ 6.

Der Rechtsgrund des Darlehens und die Abgrenzung von verwandten Rechtsgeschäften.

I. Der Rechtsgrund.

Causa ist der Zweck, den die Parteien einer Vermögenszuwendung zugrunde legen. Es können mehrere „Zwecke" Anlaß derselben sein, aber nur dem unmittelbar der Zuwendung zugrunde liegenden Zweck kommt rechtliche Bedeutung zu, denn nur darnach wird der Charakter der Zuwendung bestimmt. Was davor liegt, sind die tatsächlichen Motive, die der Darleiher mit der Auszahlung ebenfalls verwirklichen will, wie z. B. die Gefälligkeit oder die Kapitalanlage. Diese Motive sind stets unerheblich; es kommt ihnen keine Bedeutung für die Gültigkeit der Willenserklärung zu. Die Aufnahme des wirtschaftlichen Zwecks in die Kausalberedung ist deshalb belanglos[54]. Der unmittelbare Geschäftszweig steckt einzig und allein schon in der causa selbst. Nur über diese haben sich die Parteien zu einigen. Die Eigentumsübertragung ist rechtliches und wirtschaftliches Mittel zugleich. Aehnlich spricht sich hierüber v. Tuhr[55] aus: „Grundsätzlich sind einseitige Zwecke eines Kontrahenten, als außerhalb des Rechtsgeschäftes liegend, ohne Bedeutung für den Bestand des Vertrages."

Wozu die Darlehensvaluta verwendet wird, ist für den Darlehensvertrag auch nicht wesentlich[56], wohl aber, daß der Borger für einige Zeit die Möglichkeit der Benützung des Kapitals habe. Das gemeine Recht kannte als besondere Art des Darlehens das mutuum ad ostentationem, das das Bundesgericht in einem unlängst ergangenen Entscheid[57] wieder aufleben läßt. Der Beklagte hatte von der Klägerin Fr. 5000 erhalten. Ihre Eltern sollten glauben, daß er als künftiger Schwiegersohn etwas

---

[54] Und bietet daher der Wissenschaft nicht noch manches Problem, wie Hohenstein, a. a. O. 44 meint.

[55] A. a. O. 224.

[56] Ueber die Ausnahme bei Darlehen zu Spielzwecken vgl. S. 84 ff. — Siehe auch BlZürR. 27, Nr. 133, Darlehen zwecks Vortäuschung der Bargründung einer AG., während in Wirklichkeit eine Apportgründung vorlag.

[57] BGE. 54 II 283 ff., Prax. 17, 545.

sein eigen nennen könne. Die Heirat kam jedoch nicht zustande. Das Bundesgericht verneinte die Annahme einer Schenkung im Hinblick auf die Heirat, wie auch die Annahme eines Auftrages. Vielmehr liege hier ein darlehensartiges Rechtsgeschäft vor. Es fehle zwar jeglicher Beweis dafür, daß der Beklagte sich verpflichtet habe, der Klägerin die Fr. 5000 zurückzuzahlen; die elementarsten Regeln der Ehrlichkeit und Redlichkeit würden es aber dem Richter verbieten, dem Beklagten einen andern Vertragswillen zu unterschieben.

Beim Darlehen treffen wir als causa diejenige credendi an. Der Darleiher macht eine Zuwendung, um seinerseits dafür vom Borger die Rückleistung zu erhalten. Die Darlehenscausa ist die causa credendi im eigentlichen Sinn. Denn bei den andern Forderungen auf Rückgabe handelt es sich um Rückgabe nicht einer zugewendeten, sondern einer anvertrauten Sache. Umgekehrt aber ist nicht jedes Kreditgeschäft ein Darlehen, wie z. B. die Ausstellung eines Wechsels. Auf dem Wechsel wird die ihm zugrunde liegende causa credendi nicht zum Ausdruck gebracht.

Wenn soeben gesagt wurde, das Darlehen habe als Rechtsgrund die causa credendi, so ist dies allerdings nicht genau. Der etwas unbestimmte Ausdruck „Darlehen" ist vielleicht schuld daran, denn er wird im Sprachgebrauch bald an Stelle von „Darlehensvertrag", bald statt „Darlehensvaluta" angewandt. Es ist deshalb auch zu unterscheiden. Der Darlehensvertrag wohl hat die causa credendi, die Erfüllung desselben aber geschieht credendi et solvendi causa. Gleichzeitig wird die Leistung erbracht und die Forderung auf Rückzahlung erworben.

Die causa credendi kann nun auch mit der causa donandi verbunden sein. Und zwar in zweifacher Art. Es wird verabredet, daß das Darlehen nach Eintritt einer gewissen Bedingung nicht zurückzuzahlen sei[58]. Oder es ist nur ein Teil des Erhaltenen zurückzugeben. Wird vereinbart, daß eine als Darlehen hingegebene Summe als Geschenk gelten soll, so bedeutet diese nachträgliche Verabredung einen schenkungshalber vorgenommenen Erlaß der Darlehensforderung. Bei einem Schuldschein ohne Angabe der causa ist Darlehen zu vermuten. Der Aussteller des Schuldscheins kann aber den Nachweis erbringen, daß ein bestimmtes anderes Rechtsgeschäft vorliegt. Ein Darlehens-

[58] Vgl. BlZürR. 22, Nr. 182.

schuldschein kann aber auch nur simuliert sein und zur Verdeckung eines Schenkungsversprechens dienen. Der Beweis der Tradition allein genügt dann, wenn sich die Hingabe vernünftigerweise nicht anders erklären läßt, als durch Annahme eines Darlehensvertrages[59].

Besondere „Zweckdarlehen" kommen weniger oft vor. Gewisse öffentliche Anleihen können als solche bezeichnet werden. Von Zweckdarlehen zu sprechen ist man aber nur dann berechtigt, wenn der Zweck in den Vertragsinhalt aufgenommen wird. Dies wird wohl in der Regel in der Form einer Bedingung geschehen. Mißachtet der Borger die Bedingung, wenn er z. B. die Darlehenssumme zum Bau eines Hauses erhält, damit aber auf Reisen geht, so hat er die Summe, da es sich um eine Resolutivbedingung handelt, gemäß Art. 154 zurückzugeben, bezw. steht dann dem Darleiher ein sofortiges Rückforderungsrecht zu.

Möglich ist nun auch, daß der Borger von früher her, aus einem anderen Grunde, eine Summe schuldete. Diese Schuld kann durch Novation in eine Darlehensschuld umgewandelt werden, gemäß Art. 116. Als Betrag der Darlehensvaluta kann nur gelten, was aus dem früheren Vertrag geschuldet war. Dabei hat nach Art. 8 ZGB. der Darleiher zu beweisen, wie groß die in das Darlehen umgewandelte Geldschuld war. So wird z. B. auch verabredet, daß der noch rückständige Kaufpreisrest, beim Grundstückskauf, als Darlehen geschuldet werden soll. Hier kann es aber unter Umständen vorkommen, daß die Parteien tatsächlich Kreditgewährung, Stundung meinen, nicht Darlehen. Fordert in einem solchen Fall der Gläubiger vom Schuldner etwas noch nicht, was er zu verlangen berechtigt wäre, so ist dies aber keine Vermögenszuwendung, wie Karl Martin[60] meint, denn dann würden ja, wie er selbst später richtig ausführt, die Begriffe Kredit und Darlehen zusammenfallen. Jedes Stehenlassen von Kaufgeld müßte dann als Darlehen betrachtet werden. Wenn die Parteien wirklich die Absicht haben, die Kaufpreisrestanz in der Form eines Darlehens bestehen zu lassen, so wird es für sie naheliegen, die Bestimmungen über

---

[59] BGE. 23, 686 f.

[60] Die Verwandlung bestehender Schulden in Darlehensschulden, Diss. Marburg 1903, 13.

die Verzinsung, Fälligkeit usw. in die Urkunde selbst aufzunehmen.

Auch unvollkommene Obligationen können in ein Darlehen noviert werden, so verjährte Schulden, Fälle von Leistungen in Erfüllung sittlicher Pflicht, die aber jenseits von Art. 328 ZGB. liegen. Für das Verhältnis bei Spiel und Wette vgl. S. 84 ff. Derartige Obligationen sind zwar nicht klagbar, aber doch erfüllbar[61]. Durch die Novation in das Darlehen tritt der Erfüllungswille des Schuldners klar zutage, steht jetzt nicht mehr in Frage. Der Gläubiger wird damit besser gestellt. Die Novation hat auch zur Folge, daß Verzugszinse aufhören zu laufen. Zinse werden nur dann stillschweigend weiterhin geschuldet, wenn die vorherige Schuld verzinslich war. Darlehensschulden selbst können gemäß Art. 116 nicht eigentlich noviert werden, sondern es handelt sich dann lediglich um eine Abänderung der bestehenden Obligation, z. B. in Bezug auf Zinse oder Fälligkeit. Dies ist wohl auch dann anzunehmen, wenn erst nachträglich verabredet wird, daß das Darlehen verzinslich sein soll, trotzdem der Charakter des Rechtsgeschäftes sich dadurch ändert, indem von nun an eine Gegenleistung erfolgt. Die Geltendmachung des Wuchers kann auch noch nach der Novation des Darlehensvertrages in ein anderes Rechtsgeschäft erfolgen, da der Wucher der kantonalen Rechte zugleich strafrechtlicher Tatbestand ist.

Das Darlehen tritt nun auch in gemischten Verträgen auf. Sodann gibt es Rechtsgeschäfte, die ihm mehr oder weniger ähnlich sind. Es ist daher zu prüfen, ob und inwieweit es durch ein zweites hineinspielendes Rechtsgeschäft beeinflußt wird, bezw. wodurch die ihm ähnlichen Geschäfte sich von ihm unterscheiden. Diese Betrachtungen gehen nur soweit, als es dieser Zweck eben gerade erfordert.

II. Verwandte Rechtsgeschäfte.

1. Der Vorschuß tritt besonders in Erscheinung im Dienstvertragsrecht, Art. 334. Ferner ist er anzutreffen beim Kommissionsvertrag, Art. 429—431, bei Spiel und Wette, Art. 513, Abs. 2, sowie bei der einfachen Gesellschaft, Art. 537, Abs. 2. Der Bezeichnung Vorschuß haftet das Omen an, daß sie bisweilen den Tatsachen nicht entspricht, wie der Verkehr

[61] Unrichtig daher Martin, a. a. O. 61.

ja auch, besonders im Handel, sich manchmal weniger präziser Wendungen als „Darlehen" bedient[62]. Ebenso im Bankverkehr[63]. So kann mit Vorschuß Verschiedenes gemeint sein. Fälschlich wird hier und da von Vorschuß gesprochen, währenddem ein gewöhnliches Darlehen vorliegt. In der Regel aber ist damit, wie im Dienstvertragsrecht, eine vorzeitige Leistung gemeint, wobei der Leistende die Deckung dafür bereits besitzt. Der Dienstherr schuldet dann bei Fälligkeit noch den restlichen oder keinen Lohn mehr. Er darf keinen Zins berechnen. Der Vorschuß bestimmt sich also hier nach Maßgabe der geleisteten Arbeit, im Rahmen des geschuldeten Lohnes, dessen der Dienstpflichtige infolge einer Notlage bedarf[64]. Aber auch sonst, nicht nur beim Dienstvertrag, haben wir stets Vorschuß, wenn eine Vermögenshingabe mit Rücksicht auf eine bestimmte, konnexe Deckung erfolgt[65]. Bei der Kommission und bei der einfachen Gesellschaft ist der Vorschuß in einem dritten Sinne gemeint: daß durch Bezahlung von Auslagen kreditiert wird, die gemäß diesen beiden Verträgen zu ersetzen sind[66].

2. Das Diskontgeschäft ist der Kauf noch nicht fälliger Skripturobligationen, meistens von Wechseln, unter Abzug von Zinsen für die Zeit vom Tage der Veräußerung bis zum Fälligkeitstermin. Der Diskont stellt also einen Zinsbetrag dar[67]. Unter Diskontgeschäft im gewöhnlichen Sinne versteht man nur die Diskontierung von Wechseln. Es mag hier eine Entscheidung des deutschen Reichsgerichts[68] interessieren: „Die Diskontierung eines Wechsels ist in der Regel als Kauf des Wechsels anzusehen. Unter Umständen kann indessen auch die Hingabe eines Darlehens gewollt sein, bei welchem dem Gläu-

---

[62] Vgl. W. Cohn, Die einzelnen Handelsgeschäfte, in Endemanns Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts, Leipzig 1885, 3. 842.

[63] Vgl. BGE. 41 II 631 und S.

[64] Becker, Anm. 2 zu Art. 334.

[65] Ueber das Lombardgeschäft als Vorschußgeschäft vgl. unten S. 28 ff.

[66] Ueber einen Grenzfall Darlehen-Vorschuß vgl. „Deutsche Juristische Wochenschrift" 1912, 684.

[67] Nach Endemann soll auch die Größe der Gefahr der Nichteinlösung einen Teil des Diskonts bilden, d. h. abgezogen werden.

[68] Abgedruckt in „Bank-Archiv" 7, 121.

biger zu seiner Sicherung der Wechsel remittiert wird. Für das Vorliegen dieses Ausnahmefalles trifft jedoch denjenigen, der sich darauf beruft, die Beweislast." Es liegt also ein Vertrag vor, dem oft, nicht immer, die causa credendi zugrunde liegt. Da die Begebung des Wechsels ein Formalgeschäft ist, so ist eben der äußere Vorgang der Diskontierung sowohl im Falle des Wechselkaufs, als auch im Falle der Uebertragung bei Vorliegen eines Darlehensvertrages derselbe. Für das Vorhandensein des letzteren muß der bestimmte Parteiwille hinzutreten. Weil die causa credendi im Regelfall nicht zum Ausdruck gebracht wird, so ist das Diskontgeschäft Kauf eines Wertpapieres, bezw. einer Forderung. Das Bundesgericht[69] spricht sich nicht bestimmt für Darlehen oder für Kauf aus. Es sagt lediglich, die Klausel, daß die Diskontierung „unter Vorbehalt des Einganges" erfolge, bedeute, daß die Diskontierung an die Bedingung der Zahlung des Wechsels geknüpft sei. Kreditgeschäft ist das Diskontgeschäft insofern, als die Bank möglicherweise genötigt ist, den Betrag vom Diskontanten zurückzufordern, nämlich dann, wenn der Wechsel vom Akzeptanten und etwaigen andern aus dem Wechsel Verpflichteten bei Verfall nicht bezahlt wird. Gegenstand der Diskontierung können auch Anweisungen, Warrants, Coupons und Lose sein.

3. Unter Lombardgeschäft ist ein Darlehen gegen Verpfändung von Wertpapieren in gewisser Mindestzahl, oder von Beständen von Waren, die je sichern Markt haben, zu verstehen, gemäß Art. 884 ff. ZGB. Der Vorschrift des Art. 884 wird zwar nicht immer genügt. Es kommt vor, daß zwischen Kreditgeber und Kreditnehmer abgemacht wird, die Waren sollen bei letzterem bleiben. Dieser darf die lombardierten Waren bei Gelegenheit verkaufen und hat den Erlös an die Bank abzuliefern. Oder die Bank behält sich das Recht vor, die Waren in Besitz zu nehmen, sowie ihr dies geboten zu sein scheint. Derartige Regelungen setzen etwelches Vertrauen zum Kreditnehmer voraus[70]. Auch sind die Grenzen zwischen Lombard-

---

[69] BGE. 44 II 195.

[70] Sicherungsvorschriften gegen betrügerische Lombardgeschäfte verlangt A. Herzfeld, in „Wirtschaft und Recht", Beilage d. „Deutsch. Allg. Ztg." 1928, Nr. 9.

geschäft, Pfandleihe und Lagergeschäft manchmal verwischt, da an sich etwas flüssig. Das Lombardgeschäft soll banktheoretisch zu den kurzfristigen Aktivgeschäften der Bank gehören, welcher Grundsatz aber nicht immer befolgt wird. Es kann vorkommen, daß sich die Bank genötigt sieht, speziell am Medio oder am Ultimo eines Monats, Gelder aufzunehmen. Dann entsteht für sie ein Passivgeschäft.

Die Pfänder müssen hier leicht realisierbar sein. Im Gegensatz zum Diskontgeschäft wird beim Lombardgeschäft weniger auf die Kreditwürdigkeit des Borgers, als auf die Qualität der Pfandsache Rücksicht genommen. Ferner unterscheidet sich der Lombardkredit auch vom Kontokorrentkredit, indem beim ersteren nicht auf beiden Seiten Ansprüche entstehen, die zu verrechnen sind. Der Vorzug des Lombardgeschäftes ist das große Maß von Sicherheit. Es kann mit dem Börsentermingeschäft verbunden sein. Auch Devisen können Gegenstand der Lombardierung bilden. Lombardiert wird mit Vorliebe dann, wenn Wertpapiere oder Waren wegen ungünstiger Preislage nicht verkauft werden wollen, bezw. können. Die Beleihung ist nur eine prozentuale.

Im Grunde ist auch die sogenannte Diskontierung von Buchforderungen ein Lombardgeschäft, eine Beleihung mit Ueberdeckung, bei welcher der Bank als Sicherheit die Forderung zediert wird. Als weitere Sicherung verlangt die Bank das Akzept ihres Kunden, in Höhe des gewährten Darlehens. Man würde also richtiger von Beleihung statt von Diskontierung von Buchforderungen sprechen. Ein Diskontgeschäft liegt auch deshalb nicht vor, weil bei Forderungen in der Regel kein fester Verfalltag gegeben ist. Sodann aber kauft auch die Bank die Forderung gar nicht, wie beim eigentlichen Diskontgeschäft. Die sogenannte Diskontierung von Buchforderungen stellt sich uns also dar als gemischter Darlehensvertrag, bestehend einerseits aus dem Darlehen der Bank an den Diskontanten, gegen Sicherungszession der Forderung, sowie aus kumulativer Schuldübernahme des Diskontanten durch Ausstellung eines Wechsels. Dies zusammen bildet das Hauptgeschäft. Anderseits finden wir ein fiduziarisches Inkassomandat mit der Inkassopflicht des Diskontanten und den Schein des Inkassorechts in eigenem Namen

vor[71]. Vom wirtschaftlichen Standpunkt aus ist die sogenannte Forderungsdiskontierung von verschiedenen Seiten angegriffen worden. Mit guten Gründen, denn es kann dabei hier und da eine Täuschung bewirkt werden. Das Geschäft ist nach außen zu wenig klar, da die Drittschuldner nicht benachrichtigt werden. Hoeniger[72] kommt denn auch zum Schluß, diese Form der Diskontierung sei keine geeignete Art des Kredits[73]. Ein fester Rückzahlungstermin ist zwar üblich, aber nicht erforderlich. Die Nationalbank gestattet tägliche Rückzahlung.

Als uneigentliches Lombardgeschäft gilt ein Pfanddarlehen, wenn vom Darlehensgeber über die verpfändeten Papiere verfügt werden kann. Sie werden Eigentum des Geldgebers, der zur Rückgabe nicht derselben, sondern nur der gleichen Menge von Effekten derselben Gattung verpflichtet ist. Das Prolongationsverfahren mittels eines uneigentlichen Lombardgeschäfts bezweckt hauptsächlich, dem kapitalkräftigen Kontrahenten eine ausreichende Sicherheit gegenüber einem weniger gutstehenden Gegenkontrahenten zu gewähren.

4. Das Sparkassengeschäft ist trotz der verschiedenen dagegen gemachten Einwendungen[74] dem Recht des Darlehensvertrages zu unterstellen. Es dient den Interessen beider Parteien, während beim irregulären Depot, als welches das Sparkassengeschäft nach der andern Ansicht zu betrachten ist, nur ein einseitiges Interesse des Hinterlegers vorliegt. Nun sei ja gleich zugegeben, daß dieses Argument allein noch nicht durchzuschlagen vermag, wegen des farblosen Begriffs „Interesse".

Vom gewöhnlichen Darlehen unterscheidet sich das Sparkassengeschäft lediglich in wirtschaftlicher Beziehung, indem dabei allerdings das Interesse des Darleihers (Einlegers) etwas mehr gewahrt ist[75]. Banktechnisch wohl befindet es sich unter den Depositengeschäften; wie aber das Bundesgericht sagt, als

---

[71] Vgl. auch Julius Landmann, Die Diskontierung offener Buchforderungen, in ZSR. NF. 33, 231 ff.

[72] Heinrich Hoeniger, Die Diskontierung. Mannheim u. Leipzig, 1912.

[73] Vgl. hierzu eingehend Hans Weinhausen, Die Sicherungsübereignung, Berlin 1928, 89—99.

[74] Vgl. Max Villiger, Das Sparheft. Diss. Zürich 1925, und die dort hierzu genannte Literatur.

[75] A. Zeerleder, Die Sparkassen und ihre Schuldverschreibungen, in ZBJV. 29, 119.

es sich im Jahre 1895 einmal mit dieser Frage zu befassen hatte[76], ist diese Bezeichnung für die juristische Qualifikation des Sparkassengeschäftes belanglos. Die Sparkassenanstalten sind die größten Konkurrenten der Banken im Zinsdepositengeschäft.

Irreguläres Depot kann das Sparkassengeschäft vor allem auch im Hinblick auf die Verzinsung nicht sein. Eine solche findet ja beim irregulären Depot gar nicht statt, vielmehr ist, und zwar von der andern Partei, dem Deponenten, eine Gebühr, Vergütung zu zahlen für Verwahrung und Verwaltung. Eines seiner Hauptcharakteristiken ist auch die stete Fälligkeit des irregulären Depots, gemäß Art. 475. Beim Sparkassengeschäft aber ist die Rückzahlung befristet, zum mindesten von Beträgen etwelcher Größe an. Nicht stichhaltig ist wohl, was Siegmund[77] anführt: „Bei absolut gegenseitig freiem Verhältnis zwischen Kasse und Einleger paßt am besten ein modifiziertes Darlehen, für alle andern Fälle aber das depositum irregulare." Dies kann kein Kriterium sein. — Das Besondere ist beim Sparkassengeschäft, daß der Einleger ein Sparheft (ein Namenspapier)[78] erhält.

Ein Anhaltspunkt dafür, daß die Hingabe von Geld in eine Sparkassenanstalt ein Darlehen ist, läßt sich eigentlich allein schon aus Art. 314, Abs. 3 entnehmen. Ganz außer Acht gelassen wird zudem von den Vertretern der gegenteiligen Ansicht, daß bei der Annahme eines irregulären Depots die Einrede der Kompensation, die ja Sparkasseneinlagen gegenüber möglich ist, ausgeschlossen wäre. Und zwar kann die Kompensationseinrede gegenüber einer Einlage auch dann erhoben werden, wenn die Gegenforderung bestritten ist[79]. Wesentlich ist schließlich beim Sparkassengeschäft noch, gegenüber dem Darlehensvertrag, daß die Einlagen sehr oft sichergestellt sind.

5. Der irreguläre Hinterlegungsvertrag. Der gemeinsame Berührungspunkt des Darlehens und des irregulären Depots ist der, daß letztere, ohne die causa credendi als eigentlichen Zweck zu haben, trotzdem rein tatsächlich eben doch

---

[76] BGE. 21, 1167.

[77] Siegmund, Empfiehlt es sich, in das ZGB. besondere Bestimmungen über das Sparkassengeschäft aufzunehmen? In ZSR. 47, 625.

[78] Vgl. BGE. 49 II 352, 51 II 314.

[79] Bern. App.-Hof v. 2. V. 1895, in ZBJV. 32, 85.

Kreditgeschäft ist. Weil der äußeren Erscheinung nach das Verhältnis mit demjenigen des Darlehens sich deckt, so spricht man mitunter auch von einem darlehensartigen Hinterlegungsvertrag. Da man sich aber nun einmal daran gewöhnt hat, durch diesen Ausdruck einen wirtschaftlich wesentlichen Gegensatz zu bezeichnen, so ist es doch nur zweckmäßig, die Grenze so zu ziehen, daß die vermöge der Vertretbarkeit des Objekts in das Geschäft gelegte Kreditgewährung, das heißt, die Ueberlassung der freien Verfügung über die hingegebene Summe, bei Haftung schlechthin für die Rückgabe derselben Quantität und Qualität, als das spezifische Merkmal des irregulären Depots gegenüber dem regulären bezeichnet wird.

Objekt der irregulären Hinterlegung können also nur vertretbare Sachen sein, Art. 481. Deshalb liegt beim Effektenkauf der Bank für den Kunden reguläres Depot vor, wenn die Effekten bestimmte Nummern tragen sollen. Im andern Fall, ohne Nummernbezeichnung, ist das Depot ein irreguläres, im Bankverkehr auch Benutzungsdepot genannt. Ob aber die Hinterlegung vertretbarer Sachen im einzelnen Fall als irreguläres oder aber als reguläres Depot gemeint ist, ist manchmal Auslegungsfrage. Ist der Depositar ein Privater, keine Bank, kein Institut, das sich gewerbsmäßig damit befaßt, so ist wohl in der Regel reguläre Hinterlegung anzunehmen. Wird Geld unverschlossen übergeben, so besteht nach Art. 481, Abs. 2 die Vermutung für irreguläres Depot, währenddem bei Wertpapieren besondere Abrede verlangt wird, Art. 481, Abs. 3. Bei Kollision zwischen Gattungsschuld und Hinterlegung geht also die speziellere Regel des Hinterlegungsvertrages vor. Das Eigentum geht auf den Depositar über.

Wollte man von rein formalen Begriffsbestimmungen ausgehen, so müßte man v. Schey[80] darin Recht geben, daß es ein irreguläres Depot neben dem Darlehen nicht geben kann. Aber es entscheidet eben auch hier nicht die juristische Formel, sondern der wirtschaftliche Zweck. Die Beurteilung, ob irreguläres Depot oder Darlehen von den Parteien gewollt sei, hängt davon ab, ob die Kreditierung nur zufällig hinzutritt oder Selbstzweck der Hingabe ist[81]. Der Eigentumsübergang ist beim Darlehensver-

[80] A. a. O. 353.

[81] In diesem Sinne auch BGE. 21, 1170.

trag Vertragserfordernis, beim irregulären Depot Vertragsfolge. Es ist quaestio facti, welcher der beiden Verträge vorliegt. Die Bezeichnung durch die Parteien ist nicht immer genau. „En effet", sagt das Bundesgericht[82], „le mot dépot n'est pas toujours employé dans le commerce de banque, pour désigner des objets confiés à la garde des banques, mais aussi pour déligner des choses remises en nantissement ou en prêt[83]." Im Zweifel ist Darlehen anzunehmen, wenn es sich um Geld handelt, bei andern vertretbaren Sachen irreguläres Depot[84]. Die Kreditierung tritt bei letzterem nur als mittelbare Folge hinzu. Hauptsache ist die Verwahrung. Daß der Hinterleger den wirtschaftlichen Erfolg, die Kreditierung kennt, ja daß diese unter Umständen eines seiner Motive zum Vertragsschluß sein kann, soll nicht geleugnet werden, ändert aber nichts am Verhältnis.

Weitere Abweichungen vom Darlehensvertrag bestehen in folgenden Punkten. Veranlassung zum Darlehensvertrag ist in der Regel das Bedürfnis des Borgers, Anlaß zum irregulären Depot dasjenige des Deponenten, der Sorge für die Verwahrung enthoben zu werden, ohne dabei jedoch die Verfügung über das Kapital auf längere Zeit zu verlieren. Sodann kann der Deponent sein Depot gemäß Art. 475 jederzeit sofort zurückfordern, während für das Darlehen nach Art. 318 mangels anderer Abrede eine sechswöchentliche Kündigungsfrist vorgesehen ist. Der Depositar hat sich darnach einzurichten. Nur dort, wo er berufsmäßig von vielen Seiten Sachen der gleichen Gattung übernimmt, ist es ihm überhaupt möglich, trotz der Obsorge für die stete Bereithaltung der Depots eine Nutzung aus diesen zu erzielen. Daher kann auch nur unter solchen Umständen irreguläres Depot gewollt sein. Im Gegensatz zum Darlehen kann gegen ein irreguläres Depot nicht verrechnet werden.

Der einzige wirkliche Vorteil des irregulären Depots gegenüber dem regulären ist, daß die Bank auch für Zufall haftet.

---

[82] BGE. 21, 1169.

[83] An sich kann der Depotvertrag mit andern Elementen gemischt sein, vgl. darüber Bulletin Financier et Juridique der „Union Financière de Genève" 1929, Nr. 4, p. 158.

[84] Im englischen Recht wird Geld, das ein Kunde im gewöhnlichen Geschäftbetrieb einer Bank überläßt, als ein der Bank gegebenes Darlehen angesehen. A. Curti, Englands Privat- und Handelsrecht, Berlin 1927, 2, 175.

Anderseits aber besteht für den Deponenten bei ersterem der Nachteil, daß er im Konkurs des Depositars kein Aussonderungsrecht, sondern lediglich eine Forderung besitzt. Dies ist auch die am meisten praktische Spitze der Frage, ob reguläres oder irreguläres Depot vorliege. Banktechnisch ist der Unterschied des letzteren vom ersteren der, daß dem Deponenten nicht einfache custodia, sondern Kassahaltung gewährleistet wird. Es verbleibt stets die Obsorge für das fremde Kapital; nicht finden wir, wie beim Darlehen, nur Nutzung vor. Dabei ist die dem Depositar eingeräumte Nutzung, ganz oder teilweise, Entgelt für die von ihm geleistete Verwahrung und Verwaltung.

6. Der Krediteröffnungsvertrag[85]. Er ist nicht etwa ein Vorvertrag zu Darlehensverträgen in dem S. 8 ff. festgelegten Sinne, denn es wird versprochen, Kredit in jeder möglichen Art zu gewähren, also nicht nur Darlehen zu gewähren, sondern auch Bürgschaften zu leisten, Wechsel auszustellen, usw. Bei Abschluß eines Krediteröffnungsvertrages kann allerdings mit Wirksamkeit vereinbart werden, daß die auf Grund desselben entstehenden künftigen Forderungen als Darlehensforderungen behandelt werden sollen, wie es in einer Entscheidung des deutschen Reichsgerichts[86] heißt. Die causa des Krediteröffnungsvertrages ist daher auch nicht identisch mit derjenigen der einzelnen auf Grund desselben eingegangenen Geschäfte. Sein Inhalt ist die Leistungsbereitschaft zu jeder möglichen, oder aber auch nur zu einzelnen bestimmten Arten der Kreditgewährung. Die mit dem Krediteröffnungsvertrag übernommene Verpflichtung ist der Abschluß künftiger Verträge. Nicht aber ist der Kredit als solcher bereits geschuldet, wie einige meinen, denn dem Kreditnehmer steht ja doch keine Leistungsklage hierauf zu. In diesem Zusammenhang mag auch eine Entscheidung des deutschen Reichsgerichts[87] interessieren: „Ebenso können die Gläubiger des Kreditnehmers nicht den Anspruch ihres Schuldners auf fernere Ausnützung des Kredits, sondern nur bestimmte Ansprüche aus einzelnen bereits getätigten oder noch in Schwebe befindlichen Kreditgeschäften pfänden." Der Kreditgeber kann auch seinen

[85] Vgl. Näheres bei O. Aeschlimann, Der Krediteröffnungsvertrag. Diss. Bern 1925.

[86] Abgedruckt in „Bank-Archiv" 6, 23.

[87] DRGer. 51, 119, v. 19. III. 1902.

eigenen Kredit zugunsten des Kreditnehmers heranziehen. Krediteröffnungsverträge ganz allgemeinen Inhalts dürften eher Seltenheit sein. Meistens ist die Art, bezw. sind die Arten des Kredits näher bestimmt. Im Zweifel ist lediglich Kontokredit anzunehmen, Kreditierung in laufender Rechnung. Die Vereinbarung ist formlos gültig. Zu Unrecht will Aeschlimann[88] den Krediteröffnungsvertrag dem Art. 408 unterstellen. Dieser Artikel legt den Tatbestand des Kreditauftrags fest, der wohl die Folge eines Krediteröffnungsvertrags sein kann. Dieser ist vielmehr, wie noch manches Bankgeschäft, im OR. nicht geregelt.

Wesentlicher Unterschied vom Darlehen ist, daß die Kreditnahme mangels Abrede keine Pflicht ist, wie in Art. 315, sondern vom Belieben des Kreditnehmers abhängt. Zweitens gibt nach Abschluß des Krediteröffnungsvertrages eingetretene Kreditunwürdigkeit des Kreditnehmers dem Kreditgeber kein Rücktrittsrecht, sofern er sich dies nicht ausdrücklich vorbehalten hat. Ob der Kreditgeber bei nicht vollständiger Ausnützung des gewährten Kredits das volle negative Interesse verlangen kann, ist nicht ohne weiteres mit Staub[89] anzunehmen. In der Regel (Bankinstitute) wird es vielmehr mit der Bereitstellungsprovision das Bewenden haben. Bei Nichtbenützung des Kredits innerhalb gewisser Frist kann der Kreditgeber vom Vertrag zurücktreten.

7. Der Kreditbrief. Seine wirtschaftliche Funktion besteht in der Vermittlung von Geld auf Reisen. Zweck ist die Vermeidung der Mitnahme größerer Geldsummen. Es liegt eine Doppelermächtigung vor: einerseits zum Inkasso, anderseits zur Leistung.

Der Kreditbrief unterscheidet sich vom Darlehen dadurch, daß ein Widerruf gemäß Art. 316, also bei nach Ausstellung des Kreditbriefs eingetretener Verschlechterung der Vermögensverhältnisse, mangels Abrede nicht möglich ist. Denn die Verhältnisse, beim Kreditbrief beurteilen sich nach den Regeln über die Anweisung[90], und darnach bedarf es bezüglich des Widerrufs, gemäß Art. 470, eines Vorbehaltes seitens der Bank. So-

[88] A. a. O. 22.

[89] A. a. O. Anm. 63 zu § 349.

[90] Anweisung und Kreditbrief ihrerseits unterscheiden sich dadurch daß erstere auf einmalige Auszahlung einer Geldsumme geht, während letzterer verschiedene Teilzahlungen bezweckt.

dann ist die causa der Zuwendung aus dem Kreditbrief (Valutaverhältnis) ja nicht ersichtlich. Der Aussteller kann z. B. auch Schuldner des Akkreditierten sein und seine Schuld nun gerade auf diese Art durch den Angewiesenen tilgen lassen. Der Kreditbrief kann ferner Gegenstand einer Schenkung sein. Die causa ist somit nicht notwendigerweise diejenige credendi. Der Angewiesene leistet im eigenen Namen, aber auf Rechnung des Ausstellers, während beim

8. Kreditauftrag der Beauftragte auf eigene Rechnung leistet. Dies ist das hauptsächliche Unterscheidungsmerkmal zwischen Kreditbrief und Kreditauftrag. Der Beauftragte ist also dem Dritten gegenüber selbst Partei. Fehlt eines der Tatbestandsmerkmale „im eigenen Namen" oder „auf eigene Rechnung", so ist ein einfaches Auftragsverhältnis gegeben. Dem Kreditauftrag ist eigentümlich, daß die Kreditierung eine Pflicht ist. Der Kredit wird dem Dritten wirklich gewährt, nicht nur dem Auftraggeber bewilligt. Dies hebt den Kreditauftrag von andern Kreditgeschäften ab. Im Gegensatz zum Kreditbrief ist die Angabe eines Höchstbetrages, bis zu dem gehaftet wird, nicht notwendig[91]. Denn der Beauftragte ist ja der Vertrauensmann des Auftraggebers. Dieser hat aber den ersteren jedenfalls schadlos zu halten. Nach allgemeiner Ansicht sind Widerruf und Kündigung nach erfolgter Kreditierung nicht mehr möglich. Wohl aber kann der Auftraggeber vom Beauftragten die Ausübung des diesem gegenüber dem Dritten zustehenden Kündigungsrechts verlangen.

9. Der Kontokorrentvertrag. Dessen Begriff verlangt das Bestehen gegenseitiger Forderungen und Schulden, welche die Parteien periodisch zur Verrechnung bringen. Diese Verrechnung enthält eine Schuldanerkennung[92]. Es sollen unwirtschaftliche Zahlungen vermieden werden. Die Abwicklung der geschäftlichen Beziehungen wird vereinfacht. Der Kontokorrentvertrag bewirkt eine Stundung[93] der einzelnen Forderungen[94], die

---

[91] Vgl. v. Tuhr, in SJZ. 19, 226.

[92] Dies wird vom App.-Hof Bern neuestens bestritten in ZBJV. 57, 555. In ZBJV. 49, 356 hat es dieses Gericht hingegen angenommen.

[93] Weshalb die Stundung hier keine wirkliche sein soll, wie Staub, a. a. O. Anm. 7 zu § 355 sagt, ist nicht einzusehen. Unserer Ansicht aber sind v. Tuhr, a. a. O. 576 und Becker, Anm. 1 zu Art. 117.

[94] Im deutschen Recht ergibt sich die Stundungswirkung schon durch Umkehrschluß aus § 355, Abs. 3 HGB.

nur als Rechnungsposten, für die Berechnung des Saldos, in Betracht kommen, Art. 117. Am Schlusse der Rechnungsperiode erfolgt eine Novation.

Die Stundung ihrerseits ist nun aber kein Kreditgeschäft. Ein Kontokorrentvertrag verpflichtet daher auch nicht zu einer Kreditgewährung. Das Bundesgericht[95] äußert sich zu diesem Verhältnis folgendermaßen: „Nicht Kontokorrentvertrag liegt vor, wenn einem Schuldner laufend kreditiert wird, wobei der Kreditierende nur als Gläubiger und der Kreditnehmer nur als Schuldner auftritt." In diesem Falle liegt ja die einfachste Art eines Krediteröffnungsvertrages, Kreditierung in laufender Rechnung, vor.

10. Das Reportgeschäft weist, ganz äußerlich betrachtet, Aehnlichkeit zum Lombardgeschäft auf. In rechtlicher Beziehung aber besteht ein grundlegender Unterschied: beim Reportgeschäft gehen die Gegenstände immer in das Eigentum des Gläubigers über, währenddem dies beim Lombardgeschäft nicht zwingend der Fall ist.

Entsteht bei dem an der Börse Engagierten die Vermutung, daß seine Erwartungen nicht eintreten werden, so läßt er durch die Prolongation den Erfüllungstermin auf den nächstfolgenden oder übernächsten Ultimo hinausschieben. Die Bank erbringt dann an seiner Stelle die Leistung an dem bei Eingehung des Geschäftes vereinbarten Zeitpunkt. Manchmal finden sich aber auch gerade entsprechende Haussiers und Baissiers selbst, bezw. durch Vermittlung eines Maklers. Dies ist dann die direkte Prolongation. Bei der indirekten Prolongation verpflichtet sich die reportierende Bank, die bezogenen Effekten zu einem spätern, bestimmten Zeitpunkte dem ursprünglichen Käufer abzuliefern.

Vom wirtschaftlichen Standpunkt aus gesehen ist das Reportgeschäft gewiß eine Sonderart des Darlehens. Das Bundesgericht[96] bezeichnet es als Kreditgeschäft. Rechtlich aber handelt es sich um ein Kaufgeschäft: Kauf bestimmter Wertpapiere und Wiederverkauf von solchen derselben Art, desselben Unternehmens (vom Standpunkt der Bank aus). Schon Thöl[97] spricht von

---

[95] BGE. 36 II 533.
[96] BGE. 18, 546.
[97] Heinrich Thöl, Deutsches Handelsrecht, Leipzig 1874, I, 2, 377.

einem Kauf mit einer solchen Nebenabrede[98]. Müller-Erzbach[99] ist für einen Vertrag sui generis, der gleichzeitig zwei Kaufgeschäfte enthält. Hugo Hermann[100] aber faßt das Geschäft wie wir als gewöhnlichen Kauf mit usancegemäßen Nebenabreden auf. Die Reportgeschäfte dienen vorwiegend der Prolongation von Zeitgeschäften. Sie werden besonders auch im Kommissionshandel zu diesem Zweck getätigt. Rechtlich sind sie jedoch, trotzdem sie nur prolongierte Geschäfte darstellen, stets als selbständige, neue Termingeschäfte zu behandeln[101].

11. Die stille Gesellschaft ist an dieser Stelle ebenfalls in Betracht zu ziehen. Es kann jedoch nicht vollständig auf sie eingegangen werden, sondern nur soweit, als es in diesem Zusammenhang notwendig ist. Oft hört man ja, sie sei nichts anderes als ein besonders gestaltetes Darlehen.

Obwohl gewohnheitsrechtlich in der Schweiz seit vielen Jahren anerkannt, ist die stille Gesellschaft im geltenden OR. nicht geregelt. Sie soll nun auch neuestens keine gesetzliche Ordnung erfahren, da die Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Gesetzesentwurf über die Revision der Titel 24—33 OR. ihrer mit keinem Wort mehr Erwähnung tut, weil die Expertenkommission zur Beratung des Entwurfes II die betr. Art. 635 f. gestrichen hat.

So ist es möglich, daß dann auch in Zukunft sich in Entscheidungen über stille Gesellschaften Stellen wie die nachstehenden finden können. Vorerst aus einer Entscheidung des Obergerichts Luzern[102]: „Unser Recht kennt die stille Gesellschaft nicht. Dies hat jedoch nur zur Folge, daß das durch den Vertrag begründete Rechtsverhältnis nicht dasjenige einer stillen Gesellschaft sein kann. Nicht dagegen folgt daraus, daß jener Vertragsschluß überhaupt ohne jede Rechtswirkung geblieben sei — — —." Das Gericht hätte hier das Bestehen eines Gewohnheitsrechtes feststellen müssen, denn „die schweizerische

---

[98] Auch Georg Cohn, Das Differenzgeschäft im schweiz. Recht (in Bank-Archiv I, S. 55 ff.) vertritt diese Auffassung.

[99] Deutsches Handelsrecht 570.

[100] Im Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, herausgegeben von Stier-Somlo-Elster, 5, Berlin und Leipzig 1928, vo. Reportgeschäft.

[101] Arth. Nußbaum, Kommentar zum Börsengesetz für das deutsche Reich, München 1910, Vorbem. Abs. 82 vor Kap. VI.

[102] Vom 20. XII. 1921, in ZBJV. 59, 260.

Zivilrechtssprechung kennt die stille Gesellschaft", heißt es in einer ein Jahr später ergangenen Entscheidung des Bundesgerichts[103]. Bei der Beurteilung steuerlicher Verhältnisse an der stillen Gesellschaft wird deren Begriff daselbst als feststehend vorausgesetzt.

Am nämlichen Orte wird auch die gesellschaftsrechtliche Frage berührt: „Wenn der Vertrag zwischen B. und der Rekurrentin eine Rechtsform gewählt hat, welche keiner ausdrücklichen Gesellschaftsform des schweizerischen OR. entspricht, so folgt daraus noch nicht, daß zwischen den Kontrahenten kein Gesellschaftsverhältnis, sondern ein bloßes Schuldverhältnis hatte eingegangen werden wollen. Steuerrechtlich handelt es sich um eine Gesellschaft — — —." Hier wird übersehen, daß die stille Gesellschaft nicht zu den Gesellschaften gezählt werden darf, sondern nur ein gesellschaftsähnliches Verhältnis darstellt. „L'associazione in participazione è una forma impropria di società", heißt es schon bei Vivante[104]. In den Steuergesetzgebungen kann es damit ja wohl anders gehalten werden. Nach der schweizerischen Praxis sind zivilrechtliche Begriffe für das Steuerrecht nicht immer strikt verbindlich[105].

Im Gegensatz zum Darlehen liegt vor allem kein Kreditgeschäft vor. Der stille Teilhaber hat nur so weit einen Anspruch auf Rückzahlung seiner Einlage, als diese nicht durch Verluste reduziert worden ist. Er tritt nicht in ein Kreditverhältnis zum Komplementar, wie es in einer Entscheidung des Oberlandesgerichts Karlsruhe[106] heißt.

Im Verkehr und in der Rechtsprechung wird in der Schweiz zu der Frage, was eine stille Beteiligung bedeute, gewöhnlich die Ansicht vertreten, sie stelle ein modifiziertes Darlehen dar. Dies ist unrichtig. Die Expertenkommission hat die Art. 635 f. des Entwurfs II gestrichen, weil gesagt wurde, die Praxis habe sich bisher ohne besondere Vorschriften über eine stille Gesellschaft auch zu helfen gewußt. Auf welch mißliche

---

[103] BGE. 48 I 406.

[104] Cesare Vivante, Elementi di diritto commerciale, 6a ed. Milano 1891, S. 157.

[105] Darüber E. Blumenstein, Die Bedeutung zivilrechtlicher Begriffe für das moderne Steuerrecht. In „Festgabe der Berner Juristenfakultät für Eugen Huber", 1919.

[106] Von 1890, in den „Annalen der badischen Gerichte" 56, Nr. 11.

Art bisweilen, zeigt in der Literatur Fick[107], eine Stimme aus der handelsrechtlichen Praxis. Auch eine Entscheidung des Appellationshofes Bern[108] läßt mit Deutlichkeit die Unsicherheit erkennen, in der man sich dabei befindet: „Le prêt à participation aux bénéfices et aux pertes présente une grande analogie avec le contrat de société occulte, la stille Gesellschaft du droit allemand. — Comment distinguera-t-on alors le prêt à participation du contrat de société? La frontière entre ces deux contrats sera en fait indécise!"

Nach einer Regelung wären die Beweisfragen nicht mehr so schwierig, indem Abweichungen von der gesetzlichen Form als Ausnahme von demjenigen zu beweisen wären, der die Behauptung aufstellt.

Der stille Teilhaber ist regelmäßig an Gewinn und Verlust beteiligt. Dies nicht notwendigerweise zu gleichen Teilen[109]. Der Darleiher dagegen partizipiert nur am Gewinn. Die Einlage des Stillen hat aber nicht die Bedeutung einer Haftungssumme gegenüber den Gläubigern der Gesellschaft, sondern nur die eines rein internen Gesellschaftsbeitrages. So nach schweizerischem Recht, wie zwei Entscheidungen des Bundesgerichts dartun[110], die das Verhältnis eben als modifiziertes Darlehen bezeichnen. Nun ist aber nach Staub[111] der Ausschluß der Verlustbeteiligung vom Gesetze aus nicht zu beanstanden. Da kann dann allerdings im einzelnen Fall die Unterscheidung zwischen Darlehen und stiller Gesellschaft etwelche Schwierigkeiten bieten! Dies gelangt auch in der deutschen Literatur zum Ausdruck.

Für das Verhältnis im schweizerischen Recht wären nun nach Erscheinen der beiden ersten Entwürfe (Art. 623 des I., Art. 635 des II. Entwurfes) alle Zweifel zerstreut gewesen, indem darin vorgesehen wurde, daß dann ausschließlich die Regeln des Darlehensvertrages Platz zu greifen hätten. Wenn diese Bestimmung nun in Entwurf III auch wieder weggefallen ist, so kann doch bemerkt werden, daß diese Auffassung trotzdem —

---

[107] F. Fick, Handelsgesellschaften ohne Persönlichkeit, in SJZ. 17, 28.
[108] Vom 21. III. 1924, in ZBJV. 60, 611.
[109] BGE. 24 II 114.
[110] BGE. 24 II 213 und 26 II 246.
[111] Komm., 12.—13. A. 1926, Anm. 22 zu § 335 HGB.

zwar nur in vereinzelten Entscheidungen, die aber wohl in Zukunft maßgebend sein werden — aufrechterhalten wird[112]. Das Bundesgericht[113] hat entschieden, daß die Abrede des Verlustausschlusses nicht zulässig ist, „da mit der Natur des Gesellschaftsverhältnisses nicht vereinbar". Ebenso wurde in Oesterreich entschieden[114].

Es wurde daneben, besonders für das deutsche Recht, infolge der dortigen größeren Unsicherheit, nach weiteren primären Unterscheidungsmerkmalen zwischen Darlehen und stiller Beteiligung gesucht. Staub[115] erblickt ein solches vor allem im Umfang der Kontrollrechte des stillen Teilhabers. Ebenso stellt Müller-Erzbach[116] ganz auf dieses vom deutschen Reichsgericht[117] geäußerte Merkmal ab. Dies erscheint gewiß zunächst als klar, da Kontrolle die natürliche Folge der Beteiligung ist. Ein Kontrollrecht können wir indessen auch bei Verlustausschluß, also bei Darlehen (nach schweizerischem Recht) vorfinden, nämlich wenn das Darlehen für das Unternehmen von großer Bedeutung ist. Der Mangel einer näheren gesetzlichen Regelung erklärt sich größtenteils durch das fehlende allgemeine Interesse an einer typischen Gestaltung der stillen Gesellschaft, weil diese eben den Gläubigern der Gesellschaft gegenüber keine Haftungsgemeinschaft ist, sondern lediglich ein internes Verhältnis darstellt. Müller-Erzbach[118] gebraucht daher auch die Bezeichnung „reine Innengesellschaft". Nur da, wo auch am Verlust teilgenommen wird, kann eine gesellschaftsmäßige Tendenz: gemeinsame Verfolgung eines wirtschaftlichen Ziels wahrgenommen werden.

Das bisher über den stillen Teilhaber Gesagte gilt da, wo seine Einlage in Geld besteht. Stellen Arbeitsleistungen, Dienste usw. seine Einlage dar[119], so gilt aus Analogie zu Art. 533,

---

[112] Entscheidung des AppH. Bern v. 6. IX. 1916, in ZBJV. 52, 606.

[113] BGE. 24, II, 113.

[114] Entscheidung des österr. obersten Gerichtshofes v. 8. VI. 1926, in „Zeitschrift für ausl. u. internat. Privatrecht" 2, 194.

[115] A. a. O. Anm. 22 zu § 335 HGB.

[116] Deutsches Handelsrecht, 2. Aufl. 1927, S. 243.

[117] Vom 11. III. 1904, in E. des deutschen Reichsgerichts, 57, 176.

[118] A. a. O., 244.

[119] Ueber die Abgrenzung gegenüber Dienstvertrag vgl. Entscheidung des AppH. Bern vom 21. III. 1924, in ZBJV. 60, 611, wo bald von

Abs. 3 OR., daß der still Beteiligte dann nur am Gewinn partizipiert. Außerdem kann die Einlage aber auch bestehen in körperlichen Sachen, und zwar auch in nicht vertretbaren, sowie in Forderungen, Gebrauchs- und Nutzungsrechten, Erfindungen, Patenten, Fabrikgeheimnissen. Berücksichtigt man solche Umstände, so gelangt man zum Schluß, daß die Entwürfe I und II die stille Gesellschaft zu Unrecht als Sonderart des Darlehens behandelten, da es ja dann an dem Erfordernis der vertretbaren Sachen fehlt. Vielmehr ist der Vertrag über eine stille Gesellschaft ein solcher eigener Art. Dies ferner auch deshalb, weil noch weitere Abweichungen von den Verhältnissen beim Darlehensvertrag zu beobachten sind. Die Bezeichnung als modifiziertes Darlehen kann niemals gutgeheißen werden, da ja bei der stillen Gesellschaft gerade das Charakteristikum des Darlehensvertrages nicht vorhanden ist: die Rückzahlungspflicht. Bei der Auflösung der stillen Gesellschaft kommt dem stillen Teilhaber ein Anspruch auf Rückzahlung nur so weit zu, als seine Einlage nicht durch Verluste aufgezehrt worden ist. Sodann ist beim Darlehen die Art der Verwendung der Valuta in der Regel bedeutungslos. Bei der stillen Gesellschaft aber ist die Verwendung eindeutig bestimmt: sie darf nur für die Zwecke des Betriebes verwendet werden[120]. Ferner kann der stille Gesellschafter nur mit Genehmigung aller eigentlichen Gesellschafter aufgenommen werden, ein Darlehensvertrag aber kann auch nur durch den Geschäftsführer allein abgeschlossen werden. Im Konkurs des Geschäftsinhabers kann der Stille Gläubiger wie Schuldner sein. Letzteres dann nämlich, wenn er zur Zeit der Konkurseröffnung seine Einlage noch nicht geleistet hat, bezw. wenn

---

société simple, contrat de travail, contrat mixte, contrat combiné (comprenant un contrat de prêt ou de société, joint à un contrat de travail), société occulte (dans le genre de la stille Gesellschaft du droit allemand, soit comme une société en commandite, qui n'aurait pas été inscrite au registre de commerce), als Möglichkeiten gesprochen wird, eine treffliche Illustration der Zweifel über die rechtliche Natur. — Auch im französischen Recht scheint die Lage nicht abgeklärt zu sein: „Cette institution engendrait une foule de difficultés et de procès, schreibt G. Baudry-Lacantinerie, Précis de droit civil français, 13ème éd., 1925, 2, 479.

[120] Allerdings kann auch der stille Gesellschafter nach Cosack, Handelsrecht, 10.—11. A. 1923, S. 703 selbst gegen die ungewöhnlichsten Geschäfte keinen Einspruch erheben. Darnach kommt ihm also kein Einfluß auf die Geschäftsführung zu.

noch nicht alle Raten gezahlt sind, falls Leistung der Einlage in verschiedenen Raten vereinbart war. Der Darleiher hingegen ist immer Gläubiger der Konkursmasse. Es fehlt bei der stillen Gesellschaft auch die beim Darlehensvertrag anzutreffende gesetzliche Klausel rebus sic stantibus, gemäß Art. 316 OR.

Ohne Rücksicht auf den Gegenstand seiner Einlage besitzt der Stille gegenüber dem Geschäft im allgemeinen eine Geldforderung. Manchmal sehen die Verträge eine alternative Ermächtigung vor, „in natura oder in bar" zurückzuzahlen[121].

Keineswegs haben wir es also nach dem Gesagten mit einer Modifikation oder einer Qualifikation des Darlehensvertrages zu tun. Daß dieser Auffassung nicht beigetreten werden kann, sagt auch O. Gierke[122]. Bei der stillen Gesellschaft finden wir nicht eine Beteiligung nur an einzelnen Geschäften. In diesem Fall würde vielmehr eine Gelegenheitsgesellschaft gemäß Entwurf II Art. 553 vorliegen. Als solche ist im Prinzip auch die einfache Gesellschaft gedacht, als vorübergehender Zustand, weshalb, und besonders aber auch wegen des Folgenden, diese ebenfalls nicht die Rechtsform für die stille Gesellschaft abgeben kann, wie dies die Ansicht der bundesrätlichen Botschaft zum Entwurf III (S. 7) ist. Denn die einfache Gesellschaft beruht, zum mindesten im Zweifel, auf dem Gesamthandsverhältnis. Bei der stillen Gesellschaft anderseits ist der Geschäftsinhaber Alleineigentümer aller Vermögenswerte des Geschäftes. Bei ihr ist stets eine Beteiligung an dem gesamten Unternehmen gegeben.

Nach Saenger[123] soll die Rechtslage auf einem „der personenrechtlichen Rechtsbeziehung beider Gesellschafter angepaßten Treuhandverhältnis" aufgebaut sein. Es kommt darauf an, ob das personenrechtliche oder das schuldrechtliche Moment überwiegt. Da der stille Gesellschafter über die Verwendung seiner Einlage keine weitern Vorschriften machen kann, als daß sie im Geschäft verwendet werde, und da wir auch kein Gesamthandsverhältnis vorfinden können, so ist die Beziehung eine

---

[121] Vgl. BGE. 48 I 404.

[122] Kritik des Beitrages von Lastig, Stille Gesellschaft, in „Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht" 27, 611.

[123] August Saenger, Die stille Gesellschaft, Mannheim 1924, 43.

rein schuldrechtliche. Es steht eine Rechtsfigur sui generis vor uns, mit keinem der herkömmlichen Verträge identisch[124].

So gut wie gleich waren ihr bereits die Sendeve des hanseatischen und die compagnia secreta des Bologneser Rechts. Aber auch an die römische societas wäre zu denken: in den wichtigsten Punkten ist dasselbe anzutreffen[125].

Wohl handelt es sich um ein Rechtsverhältnis, auf das einzelne Bestimmungen des Darlehensvertrages unter Umständen angewendet werden. Für stille Gesellschaft spricht im Streitfall auch die Verabredung, daß der Geldgeber seinen Anteil nicht abtreten dürfe[126]. Gegen das Vorliegen einer solchen spricht nicht, daß dem Geldgeber für seine Ansprüche Sicherheit geleistet wird[127]. Die stille Gesellschaft kann sodann auch bei Vorhandensein wichtiger Gründe fristlos gekündigt werden, währenddem das Darlehen an die vertraglichen oder gesetzlichen Fristen gebunden ist bezüglich der Kündigung.

Reichen die gegebenen Umstände nicht aus, bezw. ist die Aeußerung der Parteien über die verlangten Punkte ungenügend, so daß der Richter, falls die Parteien keine Einigung durch Vertragsergänzung erzielen können, nicht mit Entschiedenheit auf stille Gesellschaft oder Darlehen erkennen kann, so kommt demjenigen, der dies behauptet, die Beweislast dafür zu, daß die Ausnahme von der Regel: Verlustausschluß, und somit Darlehen gewollt war. Subsidär, wenn dieser Beweis nicht erbracht werden kann, liegt dann kein Grund vor, von dem allgemeinen Grundsatz, daß im Zweifel zugunsten des Schuldners zu entscheiden sei, abzugehen. Mangels Beweises ist daher stille Gesellschaft anzunehmen, da dann der Komplementar gemäß dem genannten Grundsatze nur so weit zur Rückzahlung der Einlage des Stillen verpflichtet ist, als ihn nicht die den letzteren

---

[124] Für eine Gesellschaft, aber, gerade im Gegensatz zur schweizerischen Rechtsprechung, nicht im steuerrechtlichen Sinne sind Staub, a. a. O., Anm. 1 und Flechtheim, in Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch, auf Grund des BGB. erläutert, 1924, Anm. 2 zu § 335 HGB.

[125] Vgl. Czyhlarz-San Nicolò, Institutionen, 18. Aufl. 1924, 247 ff.

[126] Entsch. des deutschen Reichsgerichts, in „Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht" 11, 974.

[127] Entsch. des deutschen Reichsgerichts, im „Recht" 17, Nr. 746.

treffende Verlustquote von dieser Verpflichtung befreit. Auch Crome[128] ist dafür, daß man in diesem Falle stille Gesellschaft annehme, jedoch mit ganz anderem Argument: „Es ist klar, daß der arbeitende Teil dem Kapitalisten gegenüber im Rahmen der stillen Gesellschaft besser fährt, als nach den Grundsätzen des verzinslichen Darlehens." Hier wird also nach dem Gesichtspunkt des Gläubigers entschieden. Daß Crome selbst im Falle eines Arbeitsverhältnisses diese Ansicht vertritt, folgt eben aus der leidigen Bestimmung des Abs. 2 von § 336 HGB., wonach auch bei Verlustausschluß eine stille Gesellschaft möglich ist.

[128] Carl Crome, die partiarischen Rechtsgeschäfte, 1897, 380.

II. Kapitel.

Die Rechtsnatur des Darlehen.

§ 1.

Real- oder Konsensualvertrag?

Im römischen Recht war der Darlehensvertrag ein Realvertrag. Er entstand erst durch die Hingabe der Darlehenssumme in das Eigentum des Borgers. Die res wurde lediglich credendi causa geleistet. Damit der Vertrag hergestellt werden konnte, mußte regelmäßig ein Vorvertrag ihm vorausgehen[129], der die Klage auf Erfüllung des Vertrages, nicht auf Zahlung, ermöglichte. Durch die Leistung wurde eine streng einseitige Verpflichtung, auf Rückgabe des Empfangenen, erzeugt. Der Darleiher war in jedem Stadium immer nur Gläubiger, der Borger Schuldner.

Nach der Realvertragstheorie wird der Darleiher, wenn der Borger die Annahme verweigert, zur Klage auf Abschluß des Darlehensvertrages gezwungen, was sehr umständlich ist. Der Darleiher kann nach dieser Konstruktion die Valuta nicht hinterlegen, weil noch nicht diese geschuldet ist, sondern erst die Mitwirkung zu dem vorerst zu bewerkstelligenden Vertragsschluß, also zu einem zweiseitigen Akt, der durch einen einseitigen nicht ersetzt werden kann. Auch Zinse würden nach dieser Konstruktion daher durch die Deposition noch nicht zu laufen beginnen.

Unter dem Gesichtspunkt des Realvertrages besteht Gegenseitigkeit, Gleichstellung der Parteien nur dann, wenn sich der Borger zur Annahme verpflichtet hat, d. h. wenn als Vorvertrag ein pactum de mutuo dando et accipiendo abgeschlossen wurde.

[129] Nach der Realvertragstheorie ist ein solcher für gewöhnlich unumgänglich. Die Ausnahme stellt der Fall dar, wo der Borger zum Darleiher geht und dieser ihm ohne weiteres das Geld aushändigt. Dann ist der Konsens mit der Hingabe verbunden.

Kompensation ist nicht möglich, weil es sich um Hingabe einer Summe als Darlehensvaluta, nicht aber um Zahlung aus einem bereits geschlossenen Vertrag handelt.

Im gemeinen Recht entstand das Prinzip der Formlosigkeit aller Verträge. Der Konsens allein bewirkte nun schon die Klagbarkeit. Wie dadurch Verbal- und Literalkontrakte verschwanden, so glaubte man auch die Realverträge zu reinen Konsensualverträgen machen zu können. Es erwies sich jedoch als unmöglich, letztere restlos zu beseitigen. Vielmehr ist zu sagen: Realverträge im heutigen Sinne (wobei in der Literatur jeweils von einer „Annäherung an den Realvertrag" oder ähnlich gesprochen wird) sind Verträge, bei denen die Verpflichtungen der einen Partei, regelmäßig des Empfängers, nicht anders als durch eine vorausgehende Vermögenshingabe seitens der andern Partei entstehen können. Das reale Moment ist immer noch allein ausschlaggebend in solchen Fällen[130]. So z. B. beim Versatzpfand, Art. 909 ZGB., und beim Eisenbahnfrachtvertrag, Art. 8, Abs. 1 des Bundesgesetzes betr. den Transport auf Eisenbahnen und Schiffen vom 21. März 1893. Der Vertrag mit der Vorleistungspflicht der einen Partei ist identisch mit dem römischen Realvertrag, von der besonderen Funktion der res im römischen Recht natürlich abgesehen.

Eisele[131] sagt denn auch anläßlich der Erwähnung der Regelung im OR.: „Der Gesetzgeber hat die Unmöglichkeit, diese drei Realverträge (Leihe, Darlehen und Hinterlegung) mit dem betr. pactum de contrahendo zu verschmelzen und dadurch zu Konsensualverträgen zu machen, nicht nur bewiesen durch den Inhalt, den er diesen Verträgen gab, sondern noch viel schlagender durch das Unvermögen, für etwas anderes Rechtssätze aufzustellen, als einerseits für den Realvertrag, anderseits für ein entsprechendes pactum de contrahendo[132]."

---

[130] F. Meili, Das internationale Zivil- und Handelsrecht, Zürich 1902, 2, 55 ff., und Lehrbuch des internationalen Konkursrechts, Zürich 1909, 105, bezeichnet als Darlehen durchwegs als Realvertrag.

[131] Friedrich Eisele, Ueber Realkontrakte, mit besonderer Berücksichtigung des schweizerischen Obligationenrechts, in ZSR. NF. 3, 1884.

[132] v. Schey, a. a. O. 44 geht sogar soweit, diesen Teil des OR. als Versuch zu bezeichnen. Es sei damit einem theoretischen, nicht einem praktischen Bedürfnis gedient.

Was den Standpunkt des Gesetzgebers betrifft, so meint Eisele, es sei lediglich das Wohlgefallen an dieser Doktrin gewesen, das ihn zu demselben bestimmt habe. Was konnte denn da dem Gesetzgeber besonders an der Konsensualvertragstheorie gefallen? — Vor allem mußte er sicht jedenfalls sagen, daß man eben bei aller Anerkennung des Uebergewichtes des realen Moments den Konsens doch nie völlig außer Acht lassen kann. Denn normalerweise werden die Bedingungen, unter denen ein Darlehen gegeben, zurückbezahlt und verzinst werden soll, nicht erst bei der Auszahlung, sondern schon bei der Zusage festgesetzt[133]. Haberstich[134] findet es daher für tunlich, den ganzen auf die Gewährung des Darlehens sich beziehenden Vertrag als ein einziges Geschäft zu behandeln, bei dem die Auszahlung der Darlehenssumme nur die Realisierung (soll heißen die Erfüllungshandlung) des abgeschlossenen Vertrages bildet. Derart äußert sich auch v. Tuhr[135]: „Innerhalb eines Schuldverhältnisses können einzelne Forderungen aus realen Vorgängen erwachsen. So entsteht die Rückforderung durch Hingabe einer Sache, auf Grund einer Vereinbarung." Also weist Art. 312 eben ein konsensuales und ein reales Moment auf: das ganze Rechtsgeschäft Darlehen wird konsensual begründet, der Rückgabeanspruch real[136]. Damit haben wir es beim Darlehen nicht mit einem Konsensualvertrag strikten Sinnes zu tun, was sich ja schon darin zeigt, daß die Verpflichtung des Darleihers eine ganz andere Behandlung erfahren muß, als jede sonstige Vertragsverpflichtung. Haberstich[137] scheint mir anderseits jedoch im Irrtum zu sein mit der Meinung, daß tatsächlich eben zumeist nicht ein zweiseitiger Darlehensvertrag abgeschlossen, sondern eine einseitige Schuldverpflichtung durch Schuldschein begründet werde, und daß man deshalb anläßlich der gesetzlichen Normierung vielleicht besser von diesem Tatbestand ausgegangen wäre.

---

[133] Hans Reichel, Die Mäklerprovision, München 1913, 20.

[134] J. Haberstich, Handbuch des schweiz. Obligationenrechts, 2, 1. Zürich 1885.

[135] A. a. O. Anm. 56 zu § 20.

[136] Daher ja auch, wie erwähnt, der Darleiher zur Fundierung seiner Klage auf Rückgabe nicht nur den Vertragsschluß, sondern auch die Hingabe zu beweisen hat.

[137] A. a. O. 97.

Auch aus einem weiteren Grunde hat man sich gefragt, ob der Darlehensvertrag als Konsensualvertrag tauge. Denn ein solcher, wurde gesagt, habe Synallagma zur Voraussetzung, es müsse durch ihn der Austausch zweier Leistungen bezweckt werden. Nun ist das Darlehen im gewöhnlichen, nicht kaufmännischen Verkehr gemäß Art. 313, Abs. 3 im Zweifel nicht verzinslich. Dann allerdings liegt kein synallagmatischer, wesentlich zweiseitiger Vertrag vor uns, denn die Rückgabe der Valuta ist keine Gegenleistung, sondern nur Rechtsfolge der Hingabe. Hierzu spricht sich eine Entscheidung des Handelsgerichtes Zürich[138] wie folgt aus: „Das Darlehen ist ein einseitig-oneroser Vertrag bei Unverzinslichkeit. Folge davon ist, daß der Borger, wenn ihm der Darleiher nur einen Teil der Valuta bezahlt hat, diesem nicht dessen Rückforderung die Einrede des nicht erfüllten Vertrages entgegenhalten kann." Hin- und Rückgabe stellen nur die Mitwirkung beider Parteien dar, um den vom Gesetz verlangten Rechtszustand herzustellen. Es wird nicht, wie es bei einem synallagmatischen Vertrag der Fall sein sollte, ein Austausch von Leistungen bezweckt. Das verzinsliche Darlehen wohl aber ist synallagmatischer Vertrag, umso mehr, als bei ihm auch das bei einem derartigen Vertragstypus verlangte Merkmal der zeitlichen Unabhängigkeit der Leistungen vorhanden ist, d. h. der Darlehenszins kann z. B. zum voraus entrichtet werden, bevor der Darleiher seine Leistung erbracht hat. Martin[139] will beim Darlehen keinesfalls wesentliche Gegenseitigkeit annehmen: „Le prêt de consommation n'est pas un contrat synallagmatique proprement dit, puisque les obligations des deux parties ne dérivent pas directement du contrat." Dies ist aber nicht das Entscheidende, sondern der Umstand, daß dann nachher der Leistung jedenfalls eine Gegenleistung, also der Zins, gegenübersteht.

Im gemeinen Recht war unser Rechtsgeschäft ein einseitiger Vertrag. Nicht mehr so in Art. 312, da darnach auch für den Darleiher eine Verpflichtung, zur Hingabe, besteht[140]. Die Zu-

---

[138] In BlZürR. 13, 280.

[139] Alfred Martin, Des contrats de droit civil, Genève 1922, 169.

[140] Dies wird auch für das deutsche Recht trotz der dort herrschenden bereits genannten Auffassung ausgesprochen in den „Entscheidungen des deutschen Reichsfinanzhofs" 7, 204.

sage des Darlehens ist zum Bestandteil des Vertrages geworden. Konsensual ist sodann auch das Moment, daß die Verpflichtung zur Annahme diejenige zur Rückgabe impliziert. Ein Vorsichtiger wird, wenn es sich um ein verzinsliches Darlehen handeln soll, erklären, daß er nicht zur Annahme verpflichtet, und zur Zinszahlung nur im Falle der Annahme verpflichtet sein wolle. Dort, wo nachträgliche Nichtannahme gestattet wird, besteht allerdings nicht einmal eine suspensiv bedingte Rückzahlungspflicht, überhaupt keine Obligation, da dann nur der Wille des Borgers entscheidet.

Der wichtigste Vorteil der Konsensualvertragskonstruktion ist die leichte Möglichkeit der Erzwingung des Anspruchs auf Annahme und auf Verzinsung. Der Darleiher kann hinterlegen. Aber er hat nicht etwa gegenüber dem Borger eine bevorzugte Stellung. Auch dieser kann direkt auf Zahlung klagen, es muß nicht mehr zuerst der Vertrag hergestellt sein.

In dem Punkt besteht sowohl bei der Real-, wie bei der Konsensualvertragstheorie Einigkeit, daß die Rückgabeverpflichtung das rechtlich einzig erhebliche und allein wesentliche Kennzeichen des Darlehensvertrages ist[141]. Die Entscheidung in der Diskussion über die rechtliche Natur des Darlehens hängt also davon ab, ob die Verpflichtung des Borgers zur Rückgabe erst durch die Hingabe, oder aber schon durch den Konsens entstehe. Diese Verpflichtung entsteht zwar schon im letzteren Zeitpunkt, ist jedoch bis zur Hingabe suspensiv bedingt. Daher der Einbruch in das Wesen des Konsensualvertrages.

Praktisch beantwortet sich übrigens die Frage nach der Zeit der Entstehung des Rückforderungsrechtes genau gleich, ob man nun Real- oder Konsensualvertrag annehme. Im ersten Fall entsteht es erst nach erfolgter Hingabe, im zweiten mit dem Konsens, aber eben nur bedingt; solange seitens des Darleihers keine Erfüllung erfolgt ist, steht seiner Geltendmachung des Rückforderungsrechtes die exceptio non numeratae pecuniae, d. h. heute die Einrede des nichterfüllten Vertrages gemäß Art. 82 entgegen.

---

[141] Ueber die drei verschwindenden Ausnahmen hiervon in der ganzen Literatur vgl. S. 22, Anm. 50.

§ 2.

Die Frage der Uebertragbarkeit.

Im Grundsatz wird jetzt die Abtretbarkeit jeder beliebigen Forderung anerkannt. Geht man von der Auffassung des Darlehens als eines Realvertrages aus, so ist eine Abtretung ausgeschlossen. Denn die Forderung geht dann gemäß Vorvertrag auf Mitwirkung zum Abschluß des Darlehensvertrages. Der Borger besitzt also aus dem Darlehensvorvertrag noch kein Recht auf Hingabe der Summe. Das deutsche Reichsgericht[142] hat, unter Zugrundelegung der Realvertragstheorie, zwei Möglichkeiten als zulässig erachtet: „Der Anspruch aus einem Darlehensvorvertrag (pactum de mutuo dando) auf Hingabe eines Darlehens ist zwar der Regel nach nicht abtretbar. Doch sind gegenseitige Vereinbarungen zulässig, deren Inhalt entweder sein kann, daß der Zessionar nur den Anspruch auf Auszahlung der Darlehensvaluta erwerben soll, während der Zedent Darlehensschuldner wird, oder daß der Zessionar darüber hinaus auch künftiger Schuldner des Darlehens sein soll."

Der Anspruch aus dem Darlehensversprechen des Art. 312 hingegen ist ohne weiteres übertragbar, da er auf Auszahlung der Valuta geht. Aber trotz der Uebertragung bleibt der Borger Schuldner des Darleihers, da gemäß Art. 164 nur einzelne, bestimmte Forderungen zediert werden können, nicht aber ein ganzes Schuldverhältnis[143]. Somit gibt es bei einem Darlehensverhältnis, wenigstens was die Forderung des Borgers auf Hingabe betrifft, keine Zession im eigentlichen Sinne[144], sondern einen Vertrag zugunsten Dritter, eine Anweisung, welch letztere auch die auf dem Realvertragsstandpunkt stehenden deutschen Autoren annehmen. Außer der Form der Anweisung läßt sich ferner ein mandatum in rem suam denken: der Borger erteilt

[142] Vom 7. X. 1907, in „Bank-Archiv" 7, 77. Eingehend befaßt sich mit der Frage der Abtretbarkeit der Ansprüche aus einem Darlehensversprechen eine Entscheidung des OLG. Hamburg vom 7. X. 1930, in „Höchstrichterliche Rechtsprechung" 7, Nr. 206.

[143] Anderseits scheint mir gegen eine wirkliche Zession der Forderung auf Rückgabe nichts zu sprechen.

[144] Mit Einwilligung des Darleihers wohl ist eine Uebertragung des ganzen Darlehensverhältnisses (Vertragsübernahme) zulässig. Dann entsteht ein neuer Vertrag.

dem Dritten die Vollmacht zum Inkasso der Valuta, welche der Dritte behält.

III. Kapitel.

Gegenstände des Darlehens.

§ 1.

Gelddarlehen.

Geld ist der häufigste Gegenstand des Darlehens. Im Bankverkehr bestehen die vertretbaren Sachen fast ausschließlich in Geld, es handelt sich meistens um Gelddarlehen; der Borger ist daher verpflichtet, ganz gleich, ob ihm das Darlehen in der Form von Bankakzepten, Checks, Bargeld, Gutschrift usw. gewährt wurde, bei Fälligkeit den vereinbarten Betrag durch Barzahlung zurückzuerstatten, oder eventuell auch in einer der Barzahlung im Geschäftsleben gleichgestellten Zahlungsart, wie Nationalbanküberweisung auf das Konto der Bank, oder durch prima Bankcheck. Nicht dagegen durch einen Kundenwechsel.

Bei der Betrachtung der rechtlichen Natur der Geldschulden ist man vorzugsweise und historisch zuerst gerade vom Darlehensverhältnis ausgegangen[145]. So kommt es, daß einzelne Gesetze die dabei entstehenden Fragen beim Darlehensvertrag regeln, wie z. B. das österreichische ABGB. in §§ 987—9. Dies und die Tatsache, daß heute Milliarden im Ausland immobilisiert sind — die Kapitalabwanderung begann schon vor dem Kriege — dürfte Grund genug sein, hier den Begriff des Geldes, den sogenannten rechtlichen Inhalt der Geldschulden und deren verschiedene Arten etwas zu erörtern[146].

Im Verkehr werden nicht nur inländische, sondern auch ausländische Geldzeichen als Geldzeichen als Geld behandelt, ebenso Banknoten. In einem engeren, rechtlichen Sinn jedoch versteht man unter Geld nur die staatlich anerkannten Tauschmittel, die vom Gläubiger als Erfüllung einer Geldschuld stets ange-

[145] Vgl. Nußbaum, a. a. O. 65.

[146] Ausführliche Literatur und Entscheidungskritik, verschiedene Rechte betreffend, bis 1925, bei Nußbaum.

nommen werden müssen, wenn er nicht in Annahmeverzug geraten will. Es ist das sogenannte Währungsgeld. Die Meinung von Helfferich[147], auch ausländisches Geld sei unter Umständen Geld im Rechtssinne, da es durch die Effektivklausel erzwingbar gemacht werden könne, ist unhaltbar. Die richtige Ansicht präzisiert Walker[148]: „Nur das Geld, dem eine bestimmte Rechtsordnung zwingende Zahlkraft verleiht, ist für das Gebiet dieser Rechtsordnung vollkommenes Geld im Rechtssinne, ist Währung." Dessen Haupteigenschaft ist der Zwangskurs. Ursprünglich bezeichnete Währung die staatliche Garantie des Feingehaltes. Heute ist sie ein auf derselben ideellen Einheit beruhendes System von Geldzeichen.

Das Darlehen kann in jeder den Parteien beliebigen Geldart abgeschlossen werden, ob Währungs- oder anderes Geld. Dabei ist es Frage der Auslegung, ob die gleiche Art und Zahl der betreffenden Münzzeichen oder die durch letztere repräsentierte Geldsumme Gegenstand der Obligation des Borgers sei. Im ersteren Fall liegt eine Geldsortenschuld vor. Bei einer solchen führt die Frage nach dem rechtlichen Inhalt zu keinen weiteren Erörterungen. Ist die Geldsortenschuld eine ausschließliche, so ist die bedungene Zahl der bestimmten Geldstücke zu leisten, ohne Rücksicht auf eine etwaige Aenderung des Kurs- oder gar des Nennwerts. Liegt dagegen, wie gewöhnlich, eine Summenschuld vor, so ist für den Inhalt der Geldschuld der Geldwert bestimmend. Es ist dasjenige Quantum von Münzen zu leisten, das seinem Geldwerte nach gleich dem Geldwerte der geschuldeten Summe ist.

Weder Geldsummen-, noch Geldsorten-, sondern Geldsachschuld ist dann gegeben, wenn ausländisches Geld als Gegenstand des Handels auftritt. Denn das Geld ist in diesem Falle Ware.

Den Gegensatz zur Sachschuld bildet die Wertschuld. Bei ihr ist nicht die generisch enger oder weiter umschriebene Sachmenge zu leisten, sondern ein abstraktes Wertquantum, meistens ein Tauschwertquantum. Diese abstrakte Wertmenge ist nicht zu verwechseln mit dem konkreten Wert eines Gegenstandes, das heißt, es ist der Nennwert gemeint, während im allgemeinen

---

[147] Karl Helfferich, Das Geld, 4. Auflage, Leipzig 1919, 290.

[148] Gustav Walker, Internationales Privatrecht, 4. Auflage, Wien 1926, 382 f.

unter Wert der Realwert verstanden wird. Gerade in diesem Gegensatz zwischen Nennwert und Realwert liegt die Eigenart der Geldschuld. Deshalb wird diese Besonderheit durch die Verwendung des Ausdruckes Wertschuld nicht betont, sondern verdeckt, ganz abgesehen davon, daß der Ausdruck den weiteren möglichen Irrtum begünstigt, als wenn die Geldschuld etwas grundsätzlich anderes sei, wie die Sachschuld[149]. Nimmt man eine Wertschuld (Nennwert), keine Sachschuld (Geld im Handel) an, so ist das Geld nicht nach konkretem Wert bemessener Schuldgegenstand, sondern lediglich Leistungsobjekt. Schuldgegenstand ist in diesem Falle die abstrakte Wertmenge, nach der sich die (Sach-)Menge des Leistungsobjektes richtet. Enthält dieses eine größere Tauschwertmenge, so ist eine geringere Sachwertmenge zu leisten, und umgekehrt. Im internationalen Verkehr und bei sonstigen Verschiedenheiten zwischen Hingabe- und Rückgabevaluta ist das Darlehen eine solche abstrakte Wertschuld[150]. Nur unter der Annahme einer solchen läßt sich auch die Zulässigkeit der verschiedenen Geldsurrogate (§ 2) erklären. Auch im inländischen Verkehr kann der Zugrundelegung als Wertschuld Bedeutung zukommen, wenn es auch für gewöhnlich hier auf dasselbe hinausläuft, ob man eine Summenschuld oder eine Wertschuld annehme. So bei größeren Schwankungen des Geldwertes. Erst in Fällen der Not (Inflation) bekommt der Wertschuldbegriff Leben und vermag wirtschaftliches Unrecht zu verhüten.

Die Frage nach dem rechtlichen Inhalt einer Geldschuld wird also beim Darlehen immer dann praktisch, wenn die Rückzahlung in einer anderen Münzsorte erfolgen soll, als in derjenigen der Hingabe. Dabei besteht die Möglichkeit, daß der Darleiher oder der Borger benachteiligt wird. Sonderbarerweise ist nach Nußbaum[151] gerade beim Hauptfall der Schulden, den Geldschulden, ein Aussetzen des Grundsatzes in dubio pro reo und statt dessen ein favor creditoris, eine Tendenz zur Bevor-

---

[149] Nußbaum, a. a. O. 70 f.

[150] Der Darleiher soll den Wert, den er aus seinem Vermögen als Darlehen gegeben hat, wieder zurückerhalten, Becker, Anm. 4 zu Art 84.

[151] A. a. O. 72.

zugung des Geldgläubiges zu erkennen, zugunsten des allgemeinen Kredits[152].

Es ist eine zweifache Wertberechnung notwendig bei Valutaschulden, die eine für die Schuldsumme, die andere für die Zahlungssumme. Die Schuldsumme (monnaie du contrat)[153] repräsentiert den Wert des Quantums von Münzen, in dem die Darlehensschuld ausgedrückt ist. Die Bewertung der Schuldsumme hinsichtlich der Zeit betreffend ist im allgemeinen die Zeit der Entstehung der Schuld maßgebend. Regelmäßig ist dieser Zeitpunkt zugrunde zu legen, wenn die Schuld in Währung ausgedrückt ist. Im Gegensatz zur Schuldsumme bildet die Zahlungssumme (monnaie de paiement)[153] das zur Berichtigung der Schuldsumme erforderliche Wertquantum, und zwar zur Zeit und am Orte der Rückzahlung. Nicht in Frage kommt natürlich für die Beurteilung des Inhaltes der Geldschuld der Metallwert, denn dieser ist nur der Wert der Ware Metall, überall vom Münzwert verschieden.

Für Valutaschulden ist die Kurswerttheorie von Savigny[154] nach dem Gesagten also nicht haltbar. „Es hieße überhaupt die Aufgabe des Geldes verkennen, wenn man an die Stelle ziffermäßig bestimmter Geldsummen allgemein Beträge setzen wollte, die durch Umrechnung auf einen angeblich konstanten Wertmaßstab gewonnen werden, sodaß der Schuldner mehr oder weniger zu zahlen hätte, je nachdem der gemessene Geldwert sich bis zur Fälligkeit hebt oder senkt. Schon der Versuch, mit einer solchen Theorie Ernst zu machen, müßte zu einer allgemeinen Verwirrung führen. Denn dann wären Geldsummen von gleichem Betrag nicht mehr kongruent, und das Rechnen mit Geld müßte aufhören. Die neuere deutsche Aufwertungstheorie ist anderer Art. Sie legt keineswegs jeder Geldschuld grundsätzlich einen bestimmten Wert an Gold, Kaufkraft oder dergleichen bei, sondern sie verlangt nur für den Fall einer besonders starken Entwertung einen billigen Ausgleich der Interessen, unter Berücksichtigung der gesamten wirtschaftlichen Verhältnisse, also eine individualisierende Behandlung der einzelnen Schuldverhältnisse, während Savigny

---

[152] Gegen diese Auffassung wendet sich Nipperdey, in „Deutsche Juristische Wochenschrift" 1926, 120, der dies als „bedenklich" ansieht.

[153] A. Picot, Les cours de change et le droit, in ZSR. NF. 40, 301.

[154] Obligationenrecht 1, 403, 508.

eine allgemeingültige geldtheoretische Regel aufstellen wollte[155]". Nach der Theorie von Savigny wären in der Tat die Schulden keine obligationes certae mehr. Vertraglich wohl kann der Forderung auf Rückgabe die Kurswerttheorie zugrunde gelegt werden, wie auch Helfferich[156] annimmt. Im schweizerischen Recht wird bei größeren Schwankungen das Treu- und Glaubensprinzip angewandt, Art. 2 ZGB.[157]

Durch verschiedene Klauseln haben die Parteien bei Valutaschulden die Möglichkeit, denn Nennwertkurs rechtsgeschäftlich außer Kraft zu setzen. Dies ist ihnen unbenommen, da es sich in diesem Verhältnis nicht um zwingendes öffentliches Recht handelt. So können sie die alternative Währungsklausel vorsehen. Es steht ihnen auch frei, von vorneherin einen Umrechnungskurs festzusetzen, sei es zahlenmäßig oder sei es der Kurs zu einem bestimmten zukünftigen Zeitpunkt. Diese Kurse sind dann ohne Rücksicht auf die gesetzlichen Bestimmungen und die späteren Kursveränderungen maßgebend. Im Prinzip hat der Valutagläubiger nichts anderes zu beanspruchen, als die vertragliche (also die fremde) Währung, gleichgültig, wo der Sitz des Gerichtes sich befindet. Eine weitere Klausel ist die Kursgarantie- oder Agioklausel. Ist diese vereinbart, so ist der in der Währung des Schuldnerlandes angegebene, vertraglich vereinbarte Betrag nicht Rechnungsfaktor, sondern selbst Schuldgegenstand. Der Schuldner wird jedoch durch eine zusätzliche Abrede für den Fall, daß die Valuta des Schuldnerlandes im Verhältnis zu derjenigen des Gläubigerlandes unter eine gewisse Parität sinkt, verpflichtet, dem Gläubiger die Kursdifferenz zu vergüten[158].

Zwei fernere mögliche Klauseln sind die Goldmünz- und die Goldwertklausel[159]. Bei der ersteren verpflichtet sich der Borger zur Leistung von Goldmünzen, bei der letzteren zur Leistung der Valuta nach dem Goldwert, in Geldzeichen einer gegebenen Währung, regelmäßig derjenigen seines Landes. Da sich eine Goldklausel als Ausnahme gegenüber den währungsrechtlichen Vorschriften über Annahmezwang und Zwangskurs

[155] Nußbaum, a. a. O. 71.
[156] A. a. O. 336.
[157] Vgl. dazu S. 86 f.
[158] Nußbaum, a. a. O. 206 f.
[159] Vgl. Arth. Nußbaum, Vertraglicher Schutz gegen Schwankungen des Geldwertes, Berlin und Leipzig 1928, 31 ff.

darstellt, wird eine Vereinbarung über Zahlungsart und Zahlungsmittel nur dann als wahre Goldklausel angesehen, wenn sie nach ihrer Formulierung unzweifelhaft als solche zu erkennen ist.

Im Streitfall bedeutungslos sind Goldpfundklauseln vor englischen Gerichten, da hier immer nur eine Verurteilung auf Lst. erfolgt; vgl. auch mein „Depreciation of the Pound Sterling and Exportation", in „The Swiss Monthly", Lausanne 1931.

Die verschiedenen Geldsorten sind unter sich beliebig vertretbar. Hingabe von Banknoten ist gegenwärtig nicht datio in solutum, da auch sie Zwangskurs besitzen[160]. Bei Gelddarlehen ist somit die Grenze der Vertretbarkeit eine viel weitere, als bei den übrigen vertretbaren Sachen.

Trotzdem nun manchmal Geld Gegenstand des Darlehens ist, so können dabei doch derartige Abweichungen auftreten, daß dann die Bezeichnung als Gelddarlehen nicht mehr zutrifft. So wenn z. B. 20 französische Fünffrankengoldstücke hin- und zurückzugeben sind. Oder auch eine kleinere Anzahl der nicht im Verkehr befindlichen schweizerischen Hundertfrankengoldstücke. Dies sind beides Sachdarlehen (§ 3).

Das Gelddarlehen unterscheidet sich vom Sachdarlehen einzig dadurch, daß infolge des größeren Kreises der Vertretbarkeit beim Geld die Rückzahlungssumme in der Hinsicht variabel sein kann, als nicht Geldstücke von gleichem Wert oder von gleicher Art zurückgegeben werden müssen. Es genügt, wenn die Geldsumme, d. h. der Wert derselben, die gleiche ist wie bei der Hingabe.

§ 2.

Geldsurrogate.

Andere Zahlungsmittel als Geld sind zulässig, wenn sie geschäftsüblich und von den Parteien nicht ausgeschlossen sind. Dies ist das Geld im wirtschaftlichen Sinne.

Werden Wechsel als Darlehen gegeben, so ist nicht die Wechselsumme die wirklich ausbezahlte Darlehensvaluta, sondern nur der Betrag, der nach Abzug des Zwischenzinses bis zum

---

[160] Vgl. über den Stand der Frage „Neue Zürcher Zeitung" 1928, Nrn. 1092, 1095.

Verfalltag des Wechsels verbleibt[161]. Der Wechsel kann noch in anderer Weise mit einem Darlehensverhältnis zusammenhängen: A bittet den B um ein Darlehen. B erklärt sich hierzu bereit, falls es ihm gelingen sollte, einem von ihm an A remittierten Wechsel bei C zu diskontieren. Das beabsichtigte Darlehen kommt dann erst nach der Diskontierung des Wechsels bei C und Aushändigung des Diskonterlöses an A zustande. Wechsel, die vorwiegend den Zweck erfüllen, bare Mittel zu verschaffen, werden Finanz- oder Kreditwechsel genannt. Der Eigenwechsel ist zu Kreditzwecken für beide Parteien ungünstig, da auf Sicht zahlbar.

Ein bloß bankfähiges Papier, wie ein Wechsel mit nur eigenem Akzept, ist kein genügendes Angebot der Darlehensvaluta, wenn das Darlehen „in bar oder durch Akzept" zu leisten ist[162]. Denn ein solches Papier ist nicht sofort diskontierbar, da die Banken in der Regel nur Wechsel mit mehreren Unterschriften diskontieren. Das Darlehen kann auch in der Weise geleistet werden, daß Honorierung von Wechseln versprochen wird[163].

Werden dem Borger Obligationen gegeben, so ist zweierlei möglich. Soll der Borger die Obligationen verkaufen und den Erlös als Darlehensvaluta behalten, so liegt mandatum in rem suam vor. Das Darlehensverhältnis entsteht erst nach der Veräußerung durch den Borger. Gegenstand ist der Erlös. Bei der Abrede, daß Obligationen derselben Art zurückgegeben werden sollen, kann der Borger die erhaltenen Obligationen, statt sie zu verkaufen, auch nur verpfänden oder in Sicherungsübereignung geben. Dieselben Möglichkeiten gibt es bei der Hingabe von Aktien.

Hingabe von Wertpapieren, die nicht gleich realisiert werden können, ist mangels besonderer Abrede ebenso gut Hingabe, wie eine solche von sofort realisierbaren Effekten. Denn wenn schon keine sofortige Realisation möglich ist, so doch ebenso rasch eine Lombardierung oder Verpfändung[164]. Es werden Darlehen gegen Warrants gegeben.

---

[161] Handelsgericht Zürich, in BlZürR. 11, 360.
[162] BGE. 25 II 863.
[163] BGE. 27 II 57.
[164] Anderer Ansicht Schey, a. a. O. 64 ff.

Weiterhin kommen als Wertpapiere für die Hingabe noch in Betracht Checks, Sparkassahefte, Zinscoupons und kaufmännische Anweisungen[165]. Letztere brauchen aber vom Borger keinesfalls angenommen zu werden, da sie erst eine Forderung enthalten, nachdem der Angewiesene dem Empfänger Zahlung versprochen hat, was zwar bei den kaufmännischen Anweisungen die große Regel ist.

Ausgeschlossen als Darlehensgegenstand sind Rechte und Forderungen, auch für den Fall der erkennbar gewollten Substitution ihres Geldwerts, bezw. Erlöses[166]. Auf die im Darlehensvertrag vereinbarte Uebergabe der Valuta in Wertpapieren findet Art. 317 Anwendung (vgl. § 3).

§ 3.

Sachdarlehen.

Nur vertretbare Sachen können in Betracht kommen, vor allem Handelswaren und Wertpapiere. Daß sie gerade einen Markt- oder Börsenpreis haben, ist nicht Erfordernis. Sie können mangels eines solchen auch zu einem Schätzungspreis hingegeben werden. Daß bei der Hingabe ein bestimmter Wert genannt, nicht nur die Sachen als in obligatione stehend betrachtet werden, ist zwar nicht nötig, aber wichtig, weil sie größeren Preisschwankungen unterworfen sein können. Bei Darlehen, die nicht in Geld gemacht werden, trägt der Borger die Gefahr des Steigens, der Darleiher diejenige des Sinkens des Preises. Die Nennung eines bestimmten Wertes ist auch deshalb angezeigt, weil es vorkommen kann, daß der Borger die Waren zu der Zeit, wo sie der Darleiher wieder haben möchte, nicht besitzt und sie kaum zu beschaffen sind, sodaß dann der Darleiher jedenfalls den Gegenwert zurückerstattet wünscht. Hat die betreffende Ware eine sehr große Preissteigerung erfahren und wird dem Borger dadurch die Rückgabe derselben derart erschwert, daß sie ihm nicht mehr zugemutet werden kann, so tritt Art. 119,

---

[165] Die gegen Pfandbriefe gewährten Darlehen brauchen nicht in bar, sondern können auch in Pfandbriefen zum Nennwert zurückbezahlt, bezw. amortisiert werden. Dies ist dann für den Schuldner sehr vorteilhaft, wenn der Pfandbriefkurs unter pari steht.

[166] Anderer Meinung Cohn, bei Endemann, a. a. O. 845.

Abs. 1 und 2 in Anwendung: der Borger hat die Bereicherung herauszugeben[167]. Dem steht wohl gleich der Fall, wo die Ware längere Zeit nicht mehr vorhanden ist, z. B. wegen eines Ausfuhrverbotes, Streiks usw.

Nichts steht der Art eines Darlehens entgegen, daß Geld hingegeben, jedoch Waren zurückzugeben sind. Für die umgekehrte Möglichkeit, wo Waren hingegeben werden und Geld zurückzugeben ist, ist Art. 317 da, der den Borger vor Wucher dadurch schützt, daß bei der Hingabe von Waren oder Wertpapieren deren Markt- oder Börsenpreis zur Zeit und am Orte der Hingabe die Darlehenssumme bildet. Dem entgegenstehende Vereinbarungen sind nichtig. Voraussetzung ist also, daß die Waren oder Effekten einen Markt- oder Kurspreis notieren, ansonst Art. 317 keine Anwendung finden kann. Mangels Notiz gilt der Schätzungwert. Art. 317 spricht nur von dem Fall, wo Wertpapiere oder Waren an Stelle einer ursprünglich verabredeten Geldsumme hingegeben werden. Es liegt in der ratio des Artikels, daß er auch da gilt, wo von Anfang an Wertpapiere oder Waren Gegenstand des Darlehens waren. Nicht in Anwendung kommt er da, wo der Borger die Waren oder Wertpapiere zuerst verkaufen und den Erlös als Darlehenssumme behalten soll, wie auch da nicht, wo ebenfalls Waren oder Wertpapiere zurückzugeben sind. Bei Wertpapieren mit keiner oder seltener Notiz ist in der Regel der Erlös Darlehensvaluta. Diese kann sich aber auch nach dem Schätzungspreis, den ein fachmännischer Dritter festsetzt, richten, oder es kann der mittlere Preis des vorhergehenden Monats gelten.

§ 4.

Oeffentliche Anleihen.

Unter Anleihen schlechthin sind die öffentlichen Anleihen gemeint. Welche Eigenschaften muß eine Anleihe aufweisen, um als öffentliche bezeichnet werden zu können? Zunächst ist dazu erforderlich, daß sich der Anleihenssucher an die Oeffentlichkeit wende. Diese kann eine allgemeine oder eine qualifizierte

[167] Dies ergibt sich indirekt auch aus dem bei v. Tuhr, a. a. O. 228 Gesagten (sog. Unerschwinglichkeit).

sein. Letzteres dann, falls sie auf gewisse Kreise von Personen oder örtlich auf bestimmte Bezirke beschränkt ist. Die Kapitalsbeschaffung erfolgt stets auf öffentlichen Märkten. Dieses letzteren Umstandes allein wegen wurde eigentlich in der bisherigen Rechtssprache des Handelsrechts eine Anleihe als öffentliche bezeichnet. Neuerdings scheint aber die Rechtssprache dahin zu neigen, eine öffentliche Anleihe nur noch dann anzunehmen, wenn die Anleihe von Personen des öffentlichen Rechts aufgenommen wird[168]. Oeffentlich hat hier jedoch nicht den Sinn, daß die eine Vertragspartei eine öffentlich-rechtliche Person ist. Es ist damit vielmehr die Oeffentlichkeit der Emission und des Verkehrs in solchen Anleihen gemeint, sodaß auch Anleihen, die nicht vom Staate oder von einer öffentlich-rechtlichen Korporation, sondern von privaten Gesellschaften oder von einzelnen Personen aufgenommen werden, öffentliche sind.

Als weiteres Merkmal dafür, daß es sich um eine öffentliche Anleihe handle, wollte man ein bestimmtes Minimum der Obligationenschuld festsetzen. Ist die Oeffentlichkeit gegeben, so hat es keinen Sinn, noch hierauf abstellen zu wollen. Die Börsengesetze stellen ein Minimum an Obligationenkapital auf, das verlangt wird, damit eine Anleihe zum Börsenverkehr zugelassen werde. Alle öffentlichen Anleihen kommen durch privatrechtliche Akte zustande. Der Staat schließt sie wie ein Privater ab.

Anleihen im wirtschaftlichen Sinne ist die Hereinnahme eines größeren Kapitals auf Zeit aus fremden Wirtschaften in die eigene, durch Ausnützung des Kredits im Wege der Beschaffung auf öffentlichen Märkten. Das Besondere ist, daß sich der Kapitalsuchende nicht an einzelne, individuell bestimmte Personen, sondern an eine unbestimmte Vielheit solcher wendet.

Die rechtliche Natur der öffentlichen Anleihe ist verschieden beurteilt worden. Die einen nehmen ein Darlehen, die andern einen Kauf an. Weder ZGB. noch OR. umschreiben den Begriff der Anleihe.

Nur deshalb, weil der Abgabenkauf des Mittelalters der Urtyp der Anleihe ist, zu sagen, die Anleihe sei auch heute nichts anderes als ein gewöhnlicher Kaufvertrag[169], geht wohl

---

[168] Stier-Somlo-Elster, Handwörterbuch der Rechtswissenschaft 1, 201.

[169] So A. Schweizer, Die rechtliche Natur der Obligationenanleihe und ihrer Gläubigergemeinschaft, Diss. Zürich 1925, 23ff.

nicht an, schon weil sie ja jetzt auf ganz andere Art zustandekommt, als damals.

Mit einem Darlehensvertrag haben wir es hier nicht zu tun. Der Anleihenssucher bezweckt zwar mit der Aufnahme der Anleihe schon die Hereinbringung von Kapital auf Kredit, aber der Vertragstypus, unter dem dies geschieht, ist nicht Darlehen, sondern der sogenannte Begebungsvertrag, der eine Sonderart des Kaufvertrages darstellt, indem dabei vor allem die Offerte an unbestimmte Personen gerichtet ist und weil auch Besonderheiten beim Akzept zu bemerken sind. Die Emission vollzieht sich auf dem Wege des Kaufes. Das deutsche Reichsgericht[170] hat ebenso entschieden: „Zweifellos liegt ein Kaufvertrag vor, wenn ein Bankenkonsortium die Anleihe fest übernommen hat und sie zur Zeichnung auflegt, denn dann wollen die Zeichner den Banken nicht Darlehen gewähren, sondern von ihnen Stücke kaufen." Der Zeichner der Anleihe besitzt einen Anspruch aus Kaufvertrag, da die Emissionstheorie in der schweizerischen Rechtslehre gilt, nicht aber von Anfang an eine Wertpapierforderung, wie in Deutschland, infolge dort herrschenden Kreationstheorie. Offerte ist dabei jedoch nicht die Emission, wie v. Schwerin[171] sich unklar ausdrückt, sondern der Zeichnungsschein, mit dem Prospekt. Der Vertrag zwischen Anleihenssucher, bezw. Emissionsbank und Zeichner entsteht im Falle der Subskription erst mit der Mitteilung der Zuteilung. Es ist eben usancegemäß ganz in das Belieben der Emissionsbanken gestellt, wieviele Obligationen sie dem einzelnen Subskribenten zuteilen wollen. Dieser Punkt der Technik des Emissionsgeschäftes wird deshalb auch, mit Recht, bemängelt[172]. Ein derartiges Akzept kann stets beanstandet werden, falls nicht die Ausübung dieses Rechts aus den Anleihensbedingungen ersichtlich war. Als bloße Usance ist das Zuteilungsrecht in die Bedingungen aufzunehmen.

Es liegt nicht etwa deshalb ein Darlehensvertrag vor, weil das Moment der Rückzahlung nicht weggedacht werden kann. Die Verkörperung des Rückforderungsanspruches im Wertpapier

[170] Entscheidung vom 25. II. 1922, in DRGer. **104**, 120. — Vgl. auch Koch, a. a. O. 151 ff.

[171] Claud. v. Schwerin, Das Recht der Wertpapiere, Berlin u. Leipzig 1924, 23.

[172] Vgl. z. B. „Neue Zürcher Zeitung" 1927, Nr. 1509; Otto Aeschlimann, Schweiz. Bankpolitik, Bern 1928, 107ff.

ist vielmehr eine Besonderheit der Anleihe. Es ist dies einer der Darlehensgrundsätze, die angewendet werden müssen. Mit dem Darlehensbegriff nicht vereinbar ist aber anderseits auch der Umstand, daß es nicht zum voraus feststeht, daß der Obligationär den gleichen Betrag wie den gezahlten zurückerhalte. Durch Beschluß der Obligationärversammlung kann der Nominalwert der Obligationen reduziert werden, und zwar unter Umständen auch dann, wenn in den Anleihensbedingungen nichts davon gesagt ist. Abgesehen hiervon braucht in der Begebung nicht immer die causa credendi zu liegen. Es kann der Begebung nämlich auch, so vor allem bei Anleihen wohltätiger oder gemeinnütziger Anstalten, gemäß den Anleihensbedingungen ein Rechtsgeschäft zugrunde liegen, das sich eher der Schenkung nähert, indem Rückzahlbarkeit nur im Falle der Liquidation der Anstalt und Unverzinslichkeit vorgesehen ist. Eventuell ist dabei die causa credendi mit derjenigen donandi verbunden.

Wird im Text der Obligationen von einem Darlehen gesprochen[173], so hat dies nur die Bedeutung, daß die Darlehensgrundsätze nach Möglichkeit Anwendung finden sollen. Aber im übrigen ist es ohne weiteren rechtlichen Belang, ob der wirtschaftliche Zweck: Darlehen — denn als solcher kommt dieses hier nur in Betracht — in der Obligation erwähnt sei oder nicht, denn die wichtigsten Bestimmungen des Darlehens, wie über Verzinsung und Rückzahlung, verstehen sich ja ohnehin. Bei einem Obligationspapier wird deswegen die Selbständigkeit des Schuldversprechens nicht ausgeschlossen. Der Staat, der für das erhaltene Kapital Obligationen ausstellt, gibt damit ein abstraktes Zahlungsversprechen.

---

[173] Speziell anzutreffen bei älteren österreichischen Eisenbahn-Obligationen. Neuerdings wird das Darlehensverhältnis wieder besonders erwähnt in deutschen Teilschuldverschreibungen mit erschwerter Uebertragung (zugunsten von Banken). So die Schuldscheine der Stahlwerk Becker A.-G. in Willich: „Die Stahlwerk Becker A.-G. schuldet aus barem Darlehen . . .“

IV. Kapitel.

Die Darlehensobligation.

§ 1.

Die Verpflichtungen und Rechte des Darleihers.

I. Die Pflicht zur Hingabe der Valuta.

Der Darleiher kann dem Borger die Darlehensvaluta direkt oder indirekt verschaffen. Zu letzterer Art ist die Zustimmung des Borgers notwendig. Indirekte Verschaffung erfolgt z. B. auch dadurch, daß der Darleiher an den Wechselgläubiger des Borgers leistet, indem er Honorierung von Wechseln verspricht. Oder es wird ein Dritter, z. B. eine Bank, zur Zahlung berufen. Diese beiden Möglichkeiten können miteinander verbunden sein, durch Girierung. Der Vertrag zugunsten Dritter ist ferner ein Zahlungsmittel. A gibt B ein Darlehen und sagt ihm, er solle es an X zurückzahlen, da er ihm dieselbe Summe schulde. Ein Darlehen mit der Abrede der Rückzahlung an einen Dritten ist jedoch ein unechter Vertrag zugunsten Dritter, da der Dritte kein eigenes Forderungsrecht besitzt. Er ist lediglich Leistungsempfänger. Durch einen Dritten kann die Hingabe sodann erfolgen mittels der Anweisung. In diesem Fall ist das Darlehen das sogenannte Deckungsverhältnis. Soll die Hingabe des Darlehens durch einen Dritten in der Form eines Vertrages zu Lasten Dritter erfolgen, so haftet, wenn der Dritte nicht leistet, der Promittent dem Borger aus Art. 111, dem sogenannten Garantievertrag. Hingabe durch einen Check oder Wechsel stellt ebenfalls eine solche durch einen Dritten dar. An einen Dritten erfolgt sie durch Vertrag zugunsten Dritter, Zession, Girierung.

Erfolgt die Hingabe mittels einer Anweisung, so ist zu beachten, daß erstere, wie beim Wechsel, mangels Abrede nur zahlungshalber wirkt. Tilgung der Schuld, für die sie erfolgt, tritt nur ein, wenn, beziehungsweise soweit der Angewiesene zahlt. Das Eigentum geht hier nur über, wenn der Gläubiger

einwilligt. Es ist dies dann die Hingabe an Zahlungsstatt. Mangels einer Einwilligung liegt aber keine Erfüllung vor, die Geldschuld besteht weiter. In diesem Fall spricht man von Hingabe zahlungshalber. Die datio in solutum wird nicht vermutet, sie muß vom Schuldner ausdrücklich erklärt werden. Es wird stets vermutet, der Gläubiger habe die Surrogate der Erfüllung zahlungshalber angenommen, als datio solutionis causa. Die Obligation geht nur in dem Maße unter, als die Surrogate in Geld umgewandelt werden.

Der Grundsatz von Art. 467, Abs. 1 gilt, trotz dessen enger Fassung, auch da, wo der Zweck der Zahlung nicht Tilgung einer Schuld ist: auch ein Darlehen zwischen dem Anweisenden und dem Anweisungsempfänger entsteht erst mit der Auszahlung durch den Assignaten[174]. In der Regel ist die Anweisung eine abstrakte Zuwendung. Das Bundesgericht hat aber auch schon vom Grundverhältnis (Kauf, Darlehen) abhängige Anweisungen anerkannt, als sogenannte titulierte Anweisungen.

Die direkte Hingabe kann ferner auch in der Form der Diskontierung von Wechseln erfolgen, wie auch in solcher von Buchforderungen.

Was nun die Pflicht des Darleihers zur Hingabe der vereinbarten Summe betrifft, meint v. Tuhr[175] dazu das, was im täglichen Leben zwar die große Regel ist, vor dem klaren Wortlaut des Artikels 312 aber doch nicht Stand halten kann. Er sagt: „Die Zusage des Darlehens im Privatverkehr (soll wohl heißen im nichtkaufmännischen Verkehr) ist nicht verbindlich." Dies darf nicht einmal für das unverzinsliche Darlehen, das mir v. Tuhr hier besonders im Auge zu haben scheint, angenommen werden. Rein tatsächlich ist eben zu sagen, daß im Leben von den aus Art. 312 sich ergebenden Rechten für den Borger bei weitem nicht immer Gebrauch gemacht wird[176]. Da es mit dem

---

[174] Oser, Anm. 2 zu Art. 467.

[175] Vorlesung über den speziellen Teil des schweiz. OR.

[176] Das deutsche Reichsgericht anerkennt einen Schadensersatzanspruch, der aus einem nicht eingehaltenen Darlehensversprechen hergeleitet wird. Der Beklagte hatte dem Kläger ein zinsfreies (!) Darlehen versprochen, damit dieser die Pacht eines Gutes aufgeben und sich dafür eine Landwirtschaft kaufen könnte. Nachdem der Kläger die Pacht gekündigt hatte, verweigerte der Beklagte die Hingabe des Darlehens. (Entscheidung IV 705/29 vom 16. IV. 1930.)

Darlehen meistens Eile hat, so ist der Prozeß für den Borger, wenn der Darleiher die Hingabe ohne den Grund des Art. 316 verweigert, wenig praktisch. Besitzt er noch Kredit, so wird er sich anderswo um das Geld bewerben[177]. Ueber die Erzwingbarkeit der Hingabe vgl. S. 19.

Die Verhältnisse bei einem unverzinslichen Darlehen sind stets zugunsten des Darleihers auszulegen. Denn das für die Auslegung wichtige Moment bei den einseitig-onerosen Verträgen ist die unentgeltliche Zuwendung eines Vorteils. Bei solchen unentgeltlichen Zuwendungen kann die Auslegungsregel, daß zuungunsten desjenigen, der die auszulegende Erklärung abgegeben hat, auszulegen sei, nicht in Anwendung kommen. Dies erfordert das Aequivalenzmoment. Hier gilt als allgemeine Regel, daß gegen den auszulegen ist, dem der Vorteil aus dem Vertrag zukommt[178]. Auch das Treu- und Glaubensprinzip verlangt dies.

Ist der Darleiher bei der Hingabe im Verschulden, so hat er Schadensersatz gemäß Art. 97ff. zu leisten. So wenn er angeblich volleinbezahlte Aktien zu einem dementsprechenden Betrag als Darlehensvaluta hingibt, während sie es in Wirklichkeit nicht sind, und so der Borger zu Nachschüssen verpflichtet wird, Für den Verzug sind Art. 102ff. anwendbar. Der Borger kann Verzugszinse verlangen. Wie eine Entscheidung des deutschen Reichsgerichts[179] sagt, kann der Darleiher seinerseits den für diese Zeit nicht erhaltenen Darlehenszins nicht in Abzug bringen, da die gesetzliche Zinspflicht vom Nachweis eines Schadens völlig unabhängig ist. Bei Unterlassung der Aushändigung des Darlehens kann der Borger nach Ablauf der angesetzten Frist vom Vertrag zurücktreten, Art. 107. Doch scheinen mir die Ziff. 1—3 des Art. 108 für die Verhältnisse beim Darlehen sehr zuzutreffen, da es mit der Beschaffung desselben gewöhnlich eilt, sodaß auch ein Rücktritt ohne Nachfrist möglich ist. Daß der Borger die Valuta beim Darleiher zu holen hat, beziehungsweise dieser ihn mit den Versendungskosten belasten darf, ist bereits er-

---

[177] Im englischen Recht ist eine Klage auf die Darlehensleistung ausgeschlossen, mit der Begründung, daß derjenige, dem das Darlehen versprochen wurde, anderswo Geld erhalten können, A. Curti, a. a. O. 2, 70.

[178] Erich Danz, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte, Jena 1897, 165.

[179] Vom 4. III. 1918, in DRGer. 92, 285. Ebenso Nußbaum, a. a. O. 75.

wähnt. Bei Sachdarlehen können, was die Mängelhaftung betrifft, die Bestimmungen des Kaufrechts (Art. 197—210) teilweise herangezogen werden.

II. Das Widerrufsrecht des Art. 316.

Art. 316 ist eine spezielle Vorschrift neben Art. 83. Darnach kann der Darleiher bei Irrtum über die Zahlungsfähigkeit des Borgers nicht etwa Unverbindlichkeit des Vertrages geltend machen, wie man es nach der Irrtumslehre erwarten würde, sondern die Aushändigung des Darlehens verweigern, d. h. widerrufen. Dieser Widerruf stellt sich rechtlich als Rücktritt vom Vertrag dar und soll nach v. Tuhr[180] durch Sicherheitsleistung nicht abgewendet werden können. Vgl. dagegen unten S. 68 f.

Die besondere Bestimmung des Art. 316 wäre im Gesetze überflüssig, wenn eine einseitige Unverbindlichkeit des Vertrages gemäß Art. 24, Ziff. 4 wegen Zahlungsunfähigkeit der Gegenpartei möglich wäre. Wegen Zahlungsunfähigkeit kann nur beim Darlehensvertrag, sowie, da dieser lediglich den Hauptfall eines Kreditgeschäftes darstellt, bei den übrigen Fällen eines solchen wesentlicher Irrtum geltend gemacht werden. Bei jedem Kreditgeschäft hat man sich dann auf Art. 316 zu stützen. Hat der Borger dem Darleiher unrichtige Angaben über seine Vermögensverhältnisse gemacht, falsche oder gefälschte Ausweise darüber beigebracht und waren sie für den Darleiher zum Vertragsschluß bestimmend, so ist der Vertrag für diesen wegen absichtlicher Täuschung gemäß Art. 28 nicht verbindlich. Damit wird der Borger schadensersatzpflichtig. Dort, wo die Zahlungsunfähigkeit außer bei Art. 316 besonders noch relevant ist, bei Art. 83, stellt sich deren Geltendmachung nicht als Berufung auf Unverbindlichkeit wegen Irrtums dar, sondern als Verschärfung der Einrede des nicht erfüllten Vertrages.

Einzig bei den Kreditgeschäften also ist der Irrtum über die Zahlungsfähigkeit wesentlich, sonst aber, bei den Zug um Zug-Geschäften, unwesentlich, da Irrtum im Motiv. So schon nach aOR., Art. 20. Wann immer die Zahlungsunfähigkeit bis zur Auszahlung des Darlehens eingetreten sein mag, stets kann der Darleiher zurücktreten, ob dies auch schon vor oder bei dem Vertragsabschluß der Fall gewesen sei. Voraussetzung ist, daß der

[180] A. a. O. 62 zu § 64.

Darleiher bei der Eingehung des Vertrages keine Kenntnis davon hatte. Ist das Darlehen aber einmal hingegeben, so ist ein Rücktritt vom Vertrag aus diesem Grund nicht mehr möglich. Dann muß der Darleiher mit absichtlicher Täuschung durchzudringen suchen.

Wie v. Tuhr[181] schreibt, kann nun wohl die Kreditwürdigkeit notwendige Vertragsgrundlage gewisser Verträge sein und daher ein solcher bei Fehlen dieses Sachverhaltes wegen Irrtum als unverbindlich erklärt werden. Ein derartiger Vertrag muß ein längeres Zusammenarbeiten der Parteien vorsehen und ein großes Maß von Vertrauen voraussetzen. Diese Momente sind beim Krediteröffnungsvertrag gegeben. Wie berits S. 35 erwähnt, kann der Kreditgeber hier mangels besonderer Abrede nicht mehr vom Vertrage zurücktreten, falls der Kreditnehmer seit Abschluß des Krediteröffnungsvertrages kreditunwürdig geworden ist. Diesfalls bietet ihm also Art. 24, Ziff. 4 Hilfe.

Die wichtigste Abweichung des Art. 83 von Art. 316 ist, daß nach erfolgter Sicherstellung die Leistung erfolgen muß, während dem Darleiher in jedem Falle ein sofortiger definitiver Rücktritt gestattet wird. Einen Nachweis der Gefährdung der Rückerstattung hat er nicht zu liefern. Diese strengere Vorschrift soll den Schutz des Kredits bezwecken, der zwar nach Erbringung einer Sicherheit nicht mehr anzuzweifeln wäre. Es liegt deshalb schlechterdings kein Grund dafür vor, der Verpflichtung des Darleihers in dieser Hinsicht eine andere Behandlung zuteilwerden zu lassen, wie es durch das Gesetz, dem sich v. Tuhr[182] anschließt, geschieht, falls Sicherheitsleistung möglich und angeboten ist.

Voraussetzung des Widerrufs ist die Zahlungsunfähigkeit des Borgers. Ueber deren Begriff ist auf Art. 83 abzustellen. Darnach braucht nicht schon die Konkurseröffnung oder die fruchtlose Pfändung vorzuliegen, da diese beiden Tatbestände lediglich als die wichtigsten und am leichtesten erkennbaren exemplifikativ — („wie namentlich") — genannt werden. Es ist nicht notwendig, daß bereits die Zahlungseinstellung des Borgers erfolgt sei, sodaß der Darleiher nicht absolut die sogenannte formale Zah-

[181] A. a. O. 258. Ferner Fritz Funk, Handkommentar des Obligationenrechtes, Aarau 1928, Anm. 9 zu Art. 24.

[182] Anm. 55 zu § 64 a. a. O., gegenüber eigener Anm. 62 daselbst.

lungsunfähigkeit darzutun hat. Nach dem deutschen BGB. wird nur wesentliche Vermögensverschlechterung verlangt, worunter auch die Verschlechterung der Kreditverhältnisse selbst inbegriffen wird. Die bloße Verschlimmerung der Vermögenslage ist jedoch nicht immer ein leicht festzustellendes Merkmal.

Richtiger Ansicht nach muß es nun aber wohl einem Verhalten nach Treu und Glauben widersprechen, wenn trotz der Anbietung guter Sicherheiten die Auszahlung der Darlehensvaluta verweigert wird[183]. Die Voraussetzung des Widerrufs ist dann ja nicht mehr vorhanden. Daß auch allein schon die Besorgnis, es könnten die Zinse nicht regelmäßig bezahlt werden, zum Widerruf berechtige, kann aus Art. 316 nicht entnommen werden. Ein solcher scheint mir auch dann nicht einem Verhalten nach Treu und Glauben zu entsprechen, wenn die Zahlungsunfähigkeit gerade infolge der Vorenthaltung der Darlehenssumme eingetreten ist. An sich wird aber durch den Verzug des Darleihers das Widerrufsrecht nicht beseitigt.

Art. 316 enthält kein ius strictum. Er kann durch Abrede ausgeschlossen sein oder es wird stillschweigend auf dessen Geltendmachung verzichtet. Wird doch manchmal gerade zu dem Zweck geliehen, einen Konkurs abzuwenden, oder, falls ein solcher bereits eingetreten ist, um einen Nachlaßvertrag zu ermöglichen. In solchen Fällen wird unter Umständen überhaupt keine Sicherheit geleistet, sondern etwa Rückzahlung bei späterer Besserung der Verhältnisse vereinbart. Will der Darleiher dem Borger in einem solchen Fall helfen, so ist es ihm im Moment der Valutahingabe gleichgültig, ob der Borger kreditwürdig sei oder nicht. Der Darleiher gibt im Vertrauen darauf, daß der Borger später wieder einmal besser stehen werde.

Ist über den Borger schon vor der Auszahlung des Darlehens der Konkurs eröffnet worden, so kann der Darleiher die Auszahlung verweigern. Trat der Konkurs erst nach der Hingabe der Summe ein und gelingt dem Darleiher der Beweis der absichtlichen Täuschung nicht, so besitzt er mangels Sicherheit eine gewöhnliche Konkursforderung. Hat er zur Zeit der Konkurseröffnung noch nicht geleistet, so wird ihm ein Widerrufsrecht nur dann gewährt, wenn ihm die Tatsache nicht bekannt

[183] In diesem Sinne auch der deutsche Reichsgerichtsräte-Kommentar, Anm. 4 zu § 610 BGB., und Koch, a. a. O. 21.

war. Dies darf unter Kaufleuten niemals angenommen werden. Auch anläßlich der Prolongation eines Darlehens ist die Ausübung des Widerrufsrechtes möglich. Dasselbe gilt in allen Fällen, wo in irgend einer Form die Verpflichtung übernommen worden ist, Geld im Interesse eines Kreditsuchenden aufzuwenden. So besonders auch beim Versprechen der Einlösung von Wechseln. Das Kantonsgericht St. Gallen hat, als Aufsichtsbehörde in Schuldbetreibungs- und Konkurssachen[184], die Forderung des Darleihers auf Rückgabe in dem Falle als unpfändbar erklärt, wo der Borger sich aus seiner beruflichen Tätigkeit für die nächste Zeit den notwendigen Lebensunterhalt nicht verschaffen konnte. Für eine derartige Entscheidung ist im SchKG. nirgends eine Handhabe gegeben, weder in Art 92, noch in Art. 93.

Etwas anders gestaltet sich der Anspruch des Borgers im Konkurse des Darleihers. Das Konkursverfahren (Art. 208 SchKG.) verlangt, daß die Verbindlichkeiten des Kridaren liquidiert werden. Würde die Konkursverwaltung in den Vertrag eintreten, so würde damit eine neue Forderung der Masse begründet, während gleichzeitig Aktiven und Passiven zu liquidieren sind. Es ergäbe sich ein Widerspruch mit dem Sinn des Verfahrens. Nicht in Frage kommt Art. 211, Abs. 2 SchKG., wonach der Konkursverwaltung das Recht zusteht, eine Verpflichtung an Stelle des Gemeinschuldners zu erfüllen. Hier handelt es sich, wie aus Abs. 1 hervorgeht, nur um solche Fälle, in denen realiter zu erfüllen ist[185]. An Stelle einer Forderung auf Hingabe, die auch Jaeger[186] noch für möglich hält, tritt ein Schadensersatzanspruch des Borgers gemäß Art. 97.

§ 2.

Die Verpflichtungen und Rechte des Borgers.

I. Die Annahmepflicht.

Nach Art. 312 ist der Borger immer zur Annahme des zugesagten Darlehens verpflichtet. Es ist dem Darleiher jedoch nur bei einem verzinslichen Darlehen darum zu tun, daß der Borger

[184] Rechenschaftsbericht 1894, 12.

[185] Nicht richtig daher Hafner, a. a. O. Anm. 2 zu Art. 332.

[186] Das Bundesgesetz betr. Schuldbetreibung und Konkurs, 3. Auflage, Zürich 1911, Anm. 5 zu Art. 211.

diese Verpflichtung einhalte. Denn daran, daß ein aus Gefälligkeit versprochenes, zinsloses Darlehen angenommen werde, hat er kein Interesse. Zu weit geht v. Tuhr[187] m. E. mit der Meinung, eine Verpflichtung zur Annahme des Darlehens bestehe nur dann, wenn der Darleiher ein nachweisliches Interesse an der Annahme habe. Die Annahmepflicht besteht unabhängig von der Glaubhaftmachung dieses Interesses[188]. Ist das Darlehen nicht verzinslich, so wird der Darleiher regelmäßig auf die Geltendmachung seines Anspruchs verzichten. Unter Umständen wird der Geldgeber die ihm entstandenen Kosten für die Bereitstellung von Bargeld, oder durch den Verkauf von Wertpapieren, eventuell gar noch zu ungünstigem Kurs, verlangen. Möglich ist, daß er nicht an ein unverzinsliches Darlehen, sondern an ein irreguläres Depot gedacht hat und daher Annahmepflicht geltend macht. Der Vertrag ist dann wegen Irrtums nicht verbindlich.

Ist das Darlehen verzinslich, so liegt das Interesse des Darleihers klar zutage. Verweigert der Borger dann die Annahme, so entsteht die Frage nach der Höhe des Schadenersatzes für den Darleiher, falls dieser einen solchen an Stelle der Annahme geltend macht. Manchmal sehen die Parteien ja auch einen Widerruf bis zum fixierten Auszahlungstermin vor, sodaß eine Ersatzpflicht außer Frage steht. Das preußische Landrecht sah in § 609 vor: „Weigert sich der Borger, die versprochene Darlehenssumme anzunehmen, so muß er den Darleiher schadlos halten." Ein positiver Rechtssatz ähnlichen Inhalts fehlt im heutigen Recht, wie er auch im gemeinen Recht nicht bekannt war. Die Praxis beurteilt diesen Schaden nach Billigkeit, indem sie vor allem sagt, der Darleiher könne sein disponibles Kapital sofort anderswo zinstragend anlegen, falls es nicht angenommen werde. Hat der Darleiher zuerst einen über das gewöhnliche Maß hinausgehenden Zinssatz sich versprechen lassen, so verdient dieser Umstand bei der Berechnung des Schadenersatzes keine besondere Berücksichtigung, da ein erhöhter Zinssatz sich erst bei Bestehen des Darlehensvertarges, d. h. vielmehr nach der Hin-

---

[187] Vorlesung über den speziellen Teil des schweiz. OR.

[188] Auch A. Martin sagt a. a. O. 170 und 172: „Si le prêt est gratuit, l'emprunteur est libre de renoncer au droit de recevoir la chose. — Si le prêt est gratuit, le prêteur n'a aucune action pour contraindre l'emprunteur à accepter la chose qu'il lui offre."

gabe unter Umständen rechtfertigt. Bedarf der Borger nachträglich des Darlehens nicht mehr, so wird der Darleiher jedenfalls besser tun, das Geld anderswo auszuleihen, bezw. anzulegen, als zu prozessieren. In Ermangelung eines Rückforderungsanspruches bei Nichtannahme kann ja für ihn auch keine Zinsforderung entstehen. Jedoch wird ihm am ehesten derselbe Betrag, der ihm als Zins zukommen würde, als Schadenersatz zuzusprechen sein. Eine Bank aber oder ein anderer das Darlehensgeschäft gewerbsmäßig Betreibender kann m. E. jedenfalls, wie beim Krediteröffnungsvertrag, höchstens eine Bereitstellungsprovision verlangen. Will man den Billigkeitsgedanken ganz durchführen, so kann man dem Darleiher nur Zinse für die kurze Zeit, bis zu der er sein Geld anderswo hat ausleihen können, zuerkennen. Verleiht der Geldgeber das zugesagte Kapital bei einem andern, oder hat er es unterdessen in verzinsliches Depot gegeben, so gehen natürlich die Zinse, die er hier erhält, von den Zinsen, die ihm der Borger als Schadenersatz zahlen soll, ab, da er keinen zweifachen Zins beziehen darf[189]. Ist der Borger mit der Annahme im Verzug, so schuldet er, auch wenn das Darlehen unverzinslich ist, Verzugszinse gemäß Art. 104, und schon nach gemeinen Recht. Ein Gegenbeweis, daß der Darleiher auch bei pünktlicher Annahme keine oder nur geringere Zinse gezogen hätte, ist dem Borger gegenüber der Einklagung der Verzugszinse durch den Darleiher nicht gestattet[190].

II. Die Haftung für das Kapital.

Oft läßt sich der Darleiher vom Borger, wenn er zu ihm nicht gerade in sehr nahen Beziehungen steht, für das zu leihende Kapital eine, seltener mehrere Sicherheiten stellen. Im Bankverkehr ist dies Gewohnheit. Die Stellung einer Sicherheit stellt jedoch keine Gegenleistung des Borgers dar, wie v. Tuhr[191] sagt, sondern eine nur akzessorische Verpflichtung. Denn die Sicherheit ist ja für den Fall der Unmöglichkeit der Rückzahlung da, und daß nicht diese, sondern der Zins die Gegenleistung bildet, wurde erwähnt. Es ist zwar durch die Leistung einer Sicherheit,

[189] Dies sprach bereits das Preuß. Landrecht (§ 66) aus.

[190] Für das deutsche Recht entschieden in DRGer. 92, 284, vom 3. III. 1918.

[191] A. a. O. 118.

wenigstens bei Realsicherung, auch dem Borger entsprechendes Kapital aus seinem Vermögen entzogen, aber der Darleiher hat auch keinen Vermögensvorteil davon[192]. Der Darleiher hat erst dann ein Zugriffsrecht auf das als Sicherheit Geleistete, wenn der Borger zahlungsunfähig geworden ist.

Bei Streit darüber, ob die Sicherheit hinreichend sei, entscheidet der Richter. Wird sie nachträglich ungenügend, entwertet, so hat der Borger für Ergänzung zu sorgen. Tritt der Darleiher, trotzdem die verlangte Sicherheit überhaupt nicht oder ungenügend geleistet wurde, oder nachdem sie sich als ungültig erwies, vom Vertrage nicht zurück, so ist der Darlehensvertrag doch gültig, da stillschweigender Verzicht immer möglich ist. Dies ist auch anzunehmen, falls der Darleiher dem Borger keine Nachfrist setzt. Bei Rücktritt entsteht eine an die für das Darlehen verabredete, bezw. an die gesetzliche Frist nicht gebundene Rückforderung der ausbezahlten Valuta gemäß Art. 109. Ist der Darleiher mit der Hingabe im Verzug, so kann der Borger, nach Ansetzung einer Nachfrist gemäß Art. 107, bezw. unter den Umständen des Art. 108 ohne solche mit dem Rücktritt zugleich Rückgabe der Sicherheit verlangen.

Der Darlehensvermittler haftet dem Darlehensgeber für die Sicherheit des Darlehens, wenn er die empfohlene Beleihung als „günstig und risikolos", „gut durchgeprüft" und „mündelsicher" bezeichnet hat, der Darlehensgeber aber Geld einbüßt, weil diese Angaben nicht den Tatsachen entsprechen[192a].

Die Sicherheiten können bestehen in Realsicherung, wie Pfand, Bestellung oder Verpfändung von Hypotheken und Sicherungsübereignung, oder in Personalsicherung, wie Bürgschaft, Kreditauftrag und Wechsel. Von Personalkredit spricht man dann, wenn sich der Darleiher seine Forderung durch einen Bürgen oder einen sonstigen Garanten sichern läßt. Die Sicherstellung kann schließlich auch durch die bloße Hinterlegung von Wertpapieren erfolgen. Die nachträgliche Sicherheitsleistung bedeutet keine Novation der Darlehensforderung[193]. Dies folgt aus

---

[192] Entgegengesetzter Meinung ist v. Tuhr, Allg. Teil des deutschen bürgerlichen Rechts 2, 2, 174f.

[192a] DRGer. II. 4481/32, vom 10. Juni 1932.

[193] Ebenso Obergericht Zürich in BlZürR. 13, Nr. 197, betr. Sicherstellung der Einlage eines Employé intéressé.

dem am Anfang dieses Unterabschnitts Gesagten. Darin hat v. Tuhr[194] Recht, daß die Sicherheitsleistung solvendi causa erfolge, falls der Borger dazu verpflichtet ist. Dies impliziert aber eben nicht, daß damit eine Gegenleistung vorliegt.

III. Die Zinspflicht.

Der Zins stellt die Entschädigung des Darleihers für die entzogene Nutzung am eigenen Kapital dar. Er ist nicht die einzig mögliche Art der Vergütung. Kein Zins liegt vor bei Provision, die auch neben den Zinsen verlangt werden kann[195]. Der Darleiher bedingt sich manchmal auch Nebenleistungen anderer Art aus, wie z. B. einen gewissen Anteil am Gewinn eines Unternehmens des Borgers, sodaß dann der Fall des partiarischen Darlehens gegeben ist. Das Entgelt für den Darleiher ist dabei nicht zum voraus bestimmt. Es hängt vom jeweiligen Geschäftsgewinn, gewöhnlich vom Reingewinn, ab. Der Zins aber muß, um als solcher zu gelten, in einem bestimmten Verhältnis zur Höhe des geliehenen Kapitals (Prozente), und auch zur Dauer des Darlehensverhältnisses stehen. Schneider-Fick[196] meint, es müsse sich nicht immer gerade um Prozente handeln. In solchen wird der Zinsbetrag aber doch stets auszudrücken sein und besteht diese Gewohnheit.

Mangels besonderer Abrede ist das Darlehen im nichtkaufmännischen Verkehr nicht verzinslich[197]. Die Gesetzgebungskommission für das OR. von 1881 betrachtete das Darlehen eben im Prinzip als Vertrauensverhältnis, und bei dieser Begründung der Nichtverzinslichkeit mangels anderer Vereinbarung ist es geblieben. Nur im kaufmännischen Verkehr werden Zinse stillschweigend geschuldet.

Ueber die Höhe der Zinse besteht völlige Vertragsfreiheit.

Eine Ausnahme hiervon machen in verschiedenen Kantonen die Hypothekarzinse. Art. 795, Abs. 2 ZGB. ermächtigt die

---

[194] Allg. Teil des deutschen bürgerlichen Rechts 2, 2, 177.

[195] Letztere werden mit ersteren zusammen im Bankverkehr auch als Bruttozins bezeichnet, vgl. P. Bussinger, Das gesetzliche Zinsfußmaximum in der Schweiz, Diss. Zürich 1929, 67 f.

[196] Anm. 2 zu Art. 313.

[197] Bei Munzinger, I. Entwurf zum Obligationenrecht, 1871, hieß es (Art. 360, Abs. 2): „Das Darlehen ist auch ohne besondere Verabredung verzinslich."

Kantone, für grundpfandversicherte Forderungen einen Maximalzinsfuß aufzustellen. Von dieser Befugnis hat etwa die Hälfte aller Kantone Gebrauch gemacht. Die festgesetzten Maximalzinsfüße bewegen sich zwischen 4½ und 7 Prozent.

Die diesbezüglichen kantonalen Bestimmungen stellen zwar an sich Privatrecht dar, sind aber mit dem öffentlichen Recht derart verbunden, daß ihre Mißachtung regelmäßig strafrechtliche Folgen nach sich zieht. Diese werden entweder in den Einführungsgesetzen selbst genannt, oder es wird in denselben auf das kantonale Strafgesetz verwiesen. In allen Kantonen, die darüber legiferiert haben, gelten dabei die Bestimmungen, die bei der Bestrafung des Wuchers zur Anwendung gelangen (fast überall Geldbußen, seltener Freiheits- und Ehrenstrafen). Privatrechtlicher Natur ist die Konsequenz, daß der zu hohe Zins auf das kantonale Maximum reduziert wird.

Zur Zinsstipulation genügt auch schon Mündlichkeit. Der Zinsmißbrauch tritt in der Form der Uebervorteilung gemäß Art. 21, der Zinseszinse in nicht erlaubten Fällen und in der Form des strafrechtlich relevanten Wuchers auf.

Erstere stellt beim Darlehen eine Verallgemeinerung des Wucherbegriffes des kanonischen Rechts dar. Während Wucher seinerzeit die Uebertretung des kanonischen Wucherverbotes bedeutete, wird heute darunter in einem weiteren Sprachgebrauch jede Ausbeutung der Notlage, der Unerfahrenheit oder des Leichtsinns der andern Partei durch die Annahme oder Bedingung überhoher Darlehenszinse, sowie aber auch die damit verbundene Erzielung auffallend hohen Handels- und Unternehmergewinnes verstanden. „Interesse" ist in mehreren Hauptsprachen das herrschende Wort für „Zins" geworden[198].

Die Uebervorteilung besteht demnach in der Hauptsache darin, daß die Zinse übermäßig hoch bemessen sind. Und zwar richtet es sich nach den Wirkungen des Rechtsgeschäfts im Vermögen des Borgers, ob die Höhe der Zinse wirtschaftlich noch gerechtfertigt werden kann oder nicht mehr[199]. Außer diesem

---

[198] Vgl. über die Entwicklung des Begriffs Ferdinand Tönnies, Kritik der öffentlichen Meinung, Berlin 1922, 308 ff.

[199] Nicht zuzustimmen ist v. Tuhr, Allg. Teil des bürgerlichen Rechts 2, 2, 40, wonach dem Richter eine Kritik des Verhältnisses von Leistung und Gegenleistung nicht zustehen soll.

häufigsten Fall eines offenbaren Mißverhältnisses gemäß Art. 21 sind unter diesen Artikel zu bringen: durch kein besonderes Risiko gerechtfertigte sonstige Vorteile des Darleihers, aber auch überfällige Leistungen an einen Dritten, z. B. Darlehensprovisionen. Eine Rechtfertigung kann relativ hohen Zinsen dort zuteil werden, wo dem Darleiher jegliche Sicherheit fehlt und er ein ziemliches Risiko übernimmt. Die Gefahr der Nichterfüllung darf in die Wagschale fallen. Der Darleiher muß von den Verumständungen bei der andern Partei Kenntnis haben, „der Kreditgeber muß", wie sich das deutsche Reichsgericht[200] näher ausdrückt, „wissen, daß infolge der Vermögenslage seines Vertragsgegners eine sittenwidrige Abhängigkeit desselben herbeigeführt wird. Hält er jenen für einen zahlungsfähigen Mann, der sich die nötigen Geldmittel auch anderswo beschaffen könnte, so liegt keine sittenwidrige Handlung vor." Es ist nicht notwendig, daß der Borger persönlich von einer Notlage betroffen sei. Auch eine solche bei einer ihm nahestehenden Person, für die er einzustehen hat, bildet Voraussetzung. Vielfach geschieht die Uebervorteilung in der Art, daß man einen gewissen Betrag ausbezahlt erhält, sich aber — die subjektiven Momente in Art. 21 immer vorausgesetzt — zur Rückzahlung einer um einen integrierenden Teil dieses Betrages höheren Summe verpflichtet. So besonders auch bei Darlehen gegen Wechsel[201]. Hier ist immer aus Art. 21 zu klagen, nicht, wie es in einer Entscheidung eines deutschen Oberlandesgerichts[202] einmal geschah, ist die Klage derart zu begründen, das Darlehen komme, da Realvertag, nur in der Höhe zustande, als hingegeben wurde. In diesem Falle, also bei Feststellungsklage, würde der Borger jedenfalls prozessual schlechter stehen, denn nur in Verbindung mit Art. 21 kann er, da die Folgen bei Art. 31, Abs. 3 auf die Uebervorteilung anwendbar sind, auch Schadenersatz verlangen. Wegen Uebervorteilung kann der Darlehens-

---

[200] Entscheidung v. 6. XII. 1919, in „Bank-Archiv" 19, 186.

[201] Vgl. dazu v. Tuhr, Allg. Teil des deutschen bürgerlichen Rechts 2, 2, 46 f.

[202] „Rechtsprechung der Oberlandesgerichte" 34, 100 f. Falsch ist auch, aus ungerechtfertigter Bereicherung klagen zu wollen, wie Brodmann, in der „Hanseatischen Rechtszeitung" 1, 122, Nr. 1. Richtig dagegen Jacobi, Die Grundlagen der Haftung aus dem Konossement, in „Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts" 65, 259 f.

vertrag nur insgesamt unverbindlich erklärt werden, während bei einem Darlehen mit nicht gestatteten Zinseszinsen teilweise Konversion möglich ist.

Eine Entgeltleistung über das übliche Maß hinaus kann demnach eine Risikoprämie neben dem Zins darstellen. Die Zinsverabredung ist hier und da eine bedingte. Das Darlehen soll erst nach dem Eintritt einer Bedingung verzinslich werden, vorher unverzinslich sein, und umgekehrt. Der Zins läuft im Zweifel vom Tage der Hingabe, bezw. der Hinterlegung an. Kein Zins ist ein Abzug, den der Darleiher bei der Auszahlung des Darlehens macht, sofern dieser Abzug in keinem Verhältnis zur Dauer der Kapitalschuld steht. Wohl aber stellt eine neben dem laufenden Zins für die ganze Vertragsdauer zum voraus abgezogene prozentuale Vergütung ebenfalls Zins, nicht etwa Provision dar[203]. Rückforderung eines entsprechenden Teils dieses Zinses ist bei vorzeitiger Rückzahlung des Darlehens gemäß Art. 81, Abs. 2 nicht zulässig, sofern nicht Vertrag oder Uebung dies gestatten. Anderseits ist ein Zuschlag anläßlich der Rückforderung nicht als Zins anzusehen. Sowohl der Abzug anläßlich der Auszahlung wie dieser Zuschlag stellen besondere Vorteile dar, die sich der Darleiher für die Ueberlassung des Geldes ausbedingt. Um wirklichen Zins handelt es sich auch dann nicht, wenn die Zinspflicht schon vor der Hingabe der Darlehenssumme beginnen soll. Diese antezipierte Leistung ist ein Entgelt, das der Borger dafür zahlt, daß der Darleiher die Summe für ihn bereit hält. Verwirklicht sich der Rechtsgrund des Darlehens nicht, so kann diese zum voraus erbrachte Leistung gemäß Art. 62, Abs. 2 (als condictio ob causam futuram) zurückverlangt werden. Ebenso ist es, wenn Zinse pränumerando gezahlt wurden. Sind andere vertretbare Sachen als Geld, z. B. Handelswaren, Gegenstand des Darlehensgeschäfts, so kann der Zins gemäß alternativer Ermächtigung entweder in solchen Waren oder in Geld entrichtet werden.

Wenn die Parteien bezüglich der Höhe des Zinsfußes nichts verabredet haben, so gilt der gesetzliche Zinsfuß von 5% erst subsidiär. Vorerst gilt der am Orte des Darlehensempfanges übliche Zinssatz, Art. 73 und 314, Abs. 2. Die Zinsratenperiode

---

[203] Prax 15, 332, wo die Frage mit Rücksicht auf Art. 62 behandelt wird.

kann beliebig festgesetzt werden. Ist dies nicht geschehen, so tritt die Fälligkeit des Zinses je nach Ablauf eines Jahres ein. Verabredete Zinse können selbständig eingeklagt werden, sobald sie fällig sind, bis sie nach Maßgabe von Art. 114 ff. verloren gehen.

Zinseszinse zu nehmen ist nicht erlaubt, mit Ausnahme derjenigen kaufmännischen Zinsberechnungen, bei denen dies üblich ist, Art. 314, Abs. 3; so namentlich im Kontokorrentgeschäft, sowie bei Sparkassen und Rentenanstalten. Der Zinseszins des Kontokorrents ist Zins vom jeweiligen Saldo. Das Verbot gilt indessen nur da, wo die Verabredung über die Entrichtung von Zinseszinsen vor der Hingabe des Darlehens stattgefunden hat. Daß erlaufene Zinse durch Novation zum Kapital geschlagen und mit diesem weiter verzinst werden, schließt das Gesetz nicht aus. Es ist dies der sogenannte Anatocismus separatus. Der Borger weiß bei erst nachträglicher Vereinbarung von Zinseszins, nach bereits verfallenen Zinsen, wie groß das neue Kapital ist, währenddem die Verabredung vor der Hingabe eine für ihn nicht voraussehbare, in das Unbegrenzte gehende Wirkung haben könnte. Der erlaubte Anatocismus separatus (im Gegensatz zum A. coniunctus) stellt im rechtlichen Sinne überhaupt keinen Zinseszins dar. Dies geht indirekt aus Art. 314, Abs. 3 hervor. Der gemeinrechtliche Satz: ne ultra alterum tantum, der Zinsbetrag soll nicht größer werden als das Kapital, gilt heute nicht mehr.

Haben die Parteien dort, wo es nicht gestattet ist, trotzdem Zinseszinse zum voraus vereinbart, so darf deswegen doch nicht ohne weiteres Nichtigkeit des ganzen Vertrages angenommen werden. Es kommt darauf an, ob beide Kontrahenten gemäß Art. 20, Abs. 2 mit dem Vertragstorso jedenfalls einverstanden gewesen wären. In diesem Sinne wird man in der Regel annehmen dürfen, daß ein Darlehen auch ohne Zinseszins gewollt wäre. Dem Uebervorteilten anderseits steht kein anderes Rechtsmittel zur Verfügung als Rücktritt vom Vertrag. Die Abmachung, daß die jeweils rückständigen Zinse je als neue, verzinsliche Darlehen behandelt werden sollen[204], ist gemäß Art. 18 als Ausbedingung von Zinseszinsen zu berichtigen. Wenn in einem ausländischen Staate das Nehmen von Zinseszinsen stets, im Inland dagegen nicht überall erlaubt ist, so ist der inländische Richter gemäß ordre public doch verpflichtet, falls er nach ausländischem Recht

[204] So in „Rechtsprechung der Oberlandesgerichte" 35, 321.

zu urteilen hat, darüber zu entscheiden[205]. Die vertraglichen Zinse eines Darlehens werden im Momente des Verzugseintrittes nicht durch gesetzliche ersetzt. Waren z. B. 6% vereinbart, so kann auch während des Verzuges soviel verlangt werden[206]. Dies galt schon im gemeinen Recht.

Code Civil Français bestimmt in Art. 1906, daß der Borger, der einen Zins bezahlt hat, obwohl ein solcher nicht vereinbart worden war, ihn weder zurückverlangen, noch auf das Kapital anrechnen kann. Dies aus der Erwägung, daß die Verzinsung (auch im nichtkaufmännischen Verkehr) etwas Selbstverständliches sei. Die freiwillige Zahlung von Zinsen stelle daher eine Anerkennung der Zinspflicht dar. Ein derartiger Fall konnte in der schweizerischen Praxis nicht bemerkt werden. Beruft sich der Borger nachträglich auf Irrtum, so wird sich der Darleiher demgegenüber beim Wortlaut von Art. 313, Abs. 1 wohl nicht mit Erfolg auf Art. 1, Abs. 2 OR. berufen können.

Nach v. Schey[207] soll nachträgliche Vereinbarung über Zinsleistungen eine Novation der Darlehensforderung bewirken, was wohl nicht richtig sein kann. Es handelt sich dann um eine bloße Abänderung der Bedingungen des Darlehensverhältnisses. Wird rückständiger Zins noviert (zum Kapital geschlagen), so ist Inhalt der neuen Forderung eine Kapitalsumme, nicht Zins. Die novierte Forderung unterliegt nicht der Beschränkung des Art. 115. Sie ist von der Novation an verzinslich. Nach der Novation fallen die Einreden gegen die ehemalige Forderung weg. Der Darleiher kann dem Borger auch die Rückzahlung des Kapitals erlassen, Zinse aber weiterhin beziehen. Mit der Konkurseröffnung über den Borger endigt dessen Zinspflicht, Art. 209 SchKG.

IV. Die Rückzahlungszeit und -pflicht.

Ueber die Rückzahlung des Darlehens wird in Art. 318 bestimmt. Haben darnach die Parteien bezüglich der Rückzahlungszeit nichts vorgesehen, weder einen Termin festgesetzt, noch

---

[205] L. v. Bar, Lehrbuch des internationalen Privat- und Strafrechts, Stuttgart 1892, 2, 59.

[206] BGE. 18, 547.

[207] A. a. O. 133.

eine Kündigungsfrist vereinbart, noch verabredet, daß das Darlehen auf beliebige Aufforderung hin verfallen sein soll, so hat die Rückzahlung binnen sechs Wochen nach der ersten Aufforderung, die rechtlich eine Kündigung ist, zu erfolgen. Nach Ablauf dieser sechs Wochen tritt der Verfall ein. Die Kündigungsfrist von sechs Wochen stellt nicht eine Minimalfrist dar. Sie kann vertraglich kürzer bemessen sein. Doch kommt keinesfalls, zum mindesten nicht bei einem verzinslichen Darlehen, Art. 75 in Frage, da dann die Rückforderung nicht sofort fällig ist. Bei Streit über die Dauer der Kündigungsfrist hat der Kläger den Beweis zu erbringen[208].

Zahlt der Borger an dem zum voraus festgesetzten Termin das Darlehen nicht zurück, so kommen dem Darleiher Verzugszinse zu. Dieser kann überhaupt von allen vier Möglichkeiten, die beim Verzuge gegeben sind, Gebrauch machen. Auch weiteren Schaden kann er einklagen. So vor allem denjenigen, den er dadurch erlitten hat, daß er sein Geld infolge der nicht pünktlichen Rückzahlung nicht anderswo zu günstigeren Bedingungen ausleihen konnte.

Den Parteien ist es wohl nicht immer klar bewußt, daß die Vertragsbestimmung „Verfall auf beliebige Aufforderung" wirklich den Sinn eines Verfalltages habe. Es kann deshalb mitunter geschehen, daß sie dabei doch an eine vorerstige Mahnung denken, weil sich nicht leicht ein Borger finden wird, der sofortige Verzugszinse riskieren will. An sich ist es ja schon eine ungenaue Bezeichnung, wenn man von einer Rückforderung ohne vorhergehende Kündigung spricht. Eine Kündigung, die Anzeige, daß das Rechtsverhältnis aufgehoben werden soll, muß natürlich immer stattfinden. Aber die Fälligkeit der Forderung kann befristet oder unbefristet sein[209]. Wir sehen die Bestimmung „Verfall auf beliebige Aufforderung" als fristlose Kündigung an. Sofort beginnen Verzugszinse zu laufen. Diese Zeitbestimmung wird wohl vor allem bei kleineren und nicht verzinslichen Darlehen vorkommen. Doch wollen die Parteien trotz derselben ein tempus utile, im Sinne von „sobald als möglich", nicht immer ausgeschlossen haben. Munzinger[210] wollte dem Borger

[208] F. Leonhard, a. a. O. 302; Art. 8 ZGB.
[209] Ebenso BlZürR. 9, Nr. 118.
[210] A. a. O. Art. 366, Abs. 2.

auch bei der Vereinbarung, daß auf erste Aufforderung hin zu zahlen sei, von letzterer an eine Frist von zehn Tagen gewähren. Die Zahlungsaufforderung kann dabei auch durch die Zustellung des Zahlungsbefehls geschehen. Greift der Darleiher ohne vorhergehende Mitteilung an den Borger zu diesem Mittel, so hat letzterer durch Rechtsvorschlag geltend zu machen, die Forderung sei noch nicht fällig, wenn das Betreibungsamt die Frist des SchKG. zur Zahlung ansetzt, jedoch eine Kündigungsfrist verabredet war oder die sechswöchentliche Frist des Art. 318 mangels einer Abmachung zu beobachten ist. In einer Entscheidung des Obergerichtes Bern[211] wird dazu gesagt: „Bei einem auf Kündigung rückzahlbar gestellten Darlehen kommt einem rechtzeitig erlassenen Zahlungsbefehl die Bedeutung einer Aufforderung in dem Sinne zu, daß dadurch das Darlehen als auf die betreffende Zeit gekündigt zu gelten hat und zahlfällig wird."

Bei unverzinslichen Darlehen gelten die sechs Wochen wohl in der Regel nur für den Darleiher. Der Borger kann bei solchen schon vorher zurückzahlen. Ist das Darlehen aber verzinslich, so braucht der Darleiher die Summe jedenfalls nicht vorzeitig zurückzunehmen. Eine zu früh, schon vor der Hingabe erfolgte Kündigung schadet nicht. Nur darf sie nicht so lange Zeit vorher erfolgen, daß bei der Hingabe der Darlehenssumme die Kündigungsfrist bereits abgelaufen ist. Eine verspätete Kündigung wirkt in der Regel auf den nächsten zulässigen Termin. Die Form der Kündigung muß als solche genügend erkennbar sein. „Sorgen Sie dafür, daß der Hypothekenschuldner pünktlich am 1. Juli bezahlt" wurde von einem deutschen Gericht nicht als genügende Form der Kündigung an den persönlichen Schuldner erachtet[212].

Kein bestimmter Verfalltag des Darlehens ist gegeben, wenn verabredet wurde, die Rückzahlung solle „sobald wie möglich" erfolgen. Eine derartige Bestimmung über die Zeit der Rückzahlung findet sich nicht selten in Schuldscheinen. Sie ist für den Darleiher gewiß nicht vorteilhaft. Denn da er meistens keinen Einblick in die Gestaltung der ökonomischen Verhältnisse des Borgers hat und daher über dessen Fähigkeit, das Darlehen

[211] Vom 13. X. 1920, in ZBJV. 57, 234.
[212] „Das Recht" 8, 622.

zurückzuzahlen, nicht genau orientiert ist, so stellt diese Zeitbestimmung viel zu sehr auf die Initiative des Borgers ab.

Ein wichtiges Beispiel des unbestimmten Termins ist sodann die sogenannte Besserungsklausel. Es ist das Versprechen eines bedrängten Borgers, dann zurückzahlen zu wollen, wenn seine Verhältnisse es ihm gestatten. Der Eintritt dieses Zeitpunktes ist bei stetem Schweigen des Borgers oder im Streitfall nach Treu und Glauben zu beurteilen. Tritt keine Besserung der Verhältnisse zu Lebzeiten des Borgers ein, so wird die Rückforderung mit dessen Tod fällig, falls nicht aus den Umständen entnommen werden muß, daß das Darlehen nicht nur für den Borger persönlich, sondern zugleich auch z. B. für seine Familie gemeint war. Letztere ist für das Vorliegen dieses Falles beweispflichtig.

Ein Darlehen „rückzahlbar bei Besserung der österreichischen Valuta" ist nicht bedingt, sondern zurückzuzahlen, obgleich die Valuta sich nicht gebessert hat[213]. Es würde für den Darleiher eine zu große Ungewißheit bedeuten, wenn der Borger den Rückforderungsanspruch vom Schicksal der Valuta seines Landes abhängig machen wollte. Die Zusage eines „auf längere Zeit unkündbaren" Darlehens jedoch hat einen genügend bestimmten rechtlichen Inhalt. Nicht ist Vertragserfordernis, daß eine zeitliche Dauer des Darlehensverhältnisses durch eine bestimmte Anzahl von Monaten usw. fixiert sei. Es kann auch Rückzahlung in Raten gestattet sein, eventuell mit der Abrede, daß bei Rückstand die ganze Rückforderung fällig wird. Ist dem Borger das Recht eingeräumt, die Darlehensschuld durch jährliche Abschlagszahlungen abzutragen, so darf er seine Schuld nicht auf einmal tilgen, wenn dem Darleiher anderseits für die Dauer des Vertragsverhältnisses anderweitige Rechte gegen den Borger vertraglich zugesichert sind[214]. Es ist an Sukzessivlieferungsverträge, namentlich an Bierbezugsverpflichtungen zu denken. Bei den Berliner Bierlieferungsverträgen bilden derartige

---

[213] Vgl. Entscheidung des Obergerichts Zürich v. 10. II. 1923, in BlZürR. 23, Nr. 5. In der Urteilsbegründung heißt es dazu: es sei überhaupt unwahrscheinlich, daß die Parität zwischen Kronen und Schweizerfranken jemals wieder erreicht werde. Art. 75 gebe für die Lösung der Frage einen Anhaltspunkt.

[214] Vgl. Entscheidung des Bern. App.-Hofs v. 14. X. 1892, in ZBJV. 29, 325.

Darlehen einer Brauerei gerichtskundig eine wirtschaftliche und rechtliche Einheit, nicht aber Bestimmungen, die selbständig nebeneinander stehen[215]. Hier und da ist das Darlehen bei Eintritt einer gewissen Bedingung nicht zurückzuzahlen, wie z. B. bei anstandsloser Einhaltung gewisser Verpflichtungen während eines bestimmten Zeitraums. Ist das Darlehen nicht verzinslich, so steht dessen sofortiger Rückgabe nach Empfang nichts entgegen. Ist der Darleiher damit nicht einverstanden, so hat er eben mit dem unverzinslichen Darlehen ein irreguläres Depot verbinden wollen, welcher einseitig gewollte Nebenzweck aber nicht beachtlich ist. Die Berechtigung zur sofortigen Rückzahlung bei Unverzinslichkeit steht dem Borger gemäß Art. 75 zu. Bei verzinslichen Darlehen besteht immer eine bestimmte Rückzahlungsfrist zugunsten des Darleihers[216]. Gestattet er die vorzeitige Rückzahlung, so braucht er sich keinen Abzug, auch nicht an den Zinsen, gefallen zu lassen. Die Bestimmung „Rückzahlung in kürzester Frist" hat nicht den Sinn, daß damit die Einräumung einer Kündigungsfrist ausgeschlossen sein soll[217]. Bei Unregelmäßigkeiten in der Zinszahlung wird vertraglich manchmal Eintritt der Fälligkeit, bezw. das Recht zur vorzeitigen Kündigung vorgesehen. Denn der Darleiher zählt hie und da gerade auf diese Zinsbeträge und will sich dann der Wirtschaftlichkeit wegen vor Säumnis des Borgers schützen. Die Ausschließung der Kündbarkeit für eine gewisse längere Zeit ist vor allem bei größeren Darlehen anzutreffen. Die Abmachung, daß der Borger überhaupt nicht künden dürfe, verstößt gegen Treu und Glauben.

Art. 88 gibt dem zurückzahlenden Borger das Recht auf Rückgabe des Schuldscheines, bezw. auf dessen Entkräftung. Bei teilweiser Rückzahlung kann der Borger eine Quittung, sowie eine Vormerkung auf dem Schuldschein verlangen. Schuldet A dem B Fr. 1000, zahlt er sie ihm jedoch nicht als Erfüllung, sondern als Darlehensvaluta aus, kommt aber in der Folge keine Einigung über die causa der Leistung zustande, so ist diese grundlos und kann gemäß Art. 62 zurück-

---

[215] „Rechtsprechung der Oberlandesgerichte" 36, 31.

[216] BGE. 14, 357; 21, 1284 ff., A. Wieland, in ZSR. 42, 22.

[217] Anderer Meinung DRGer. 104, 187, vom 16. März 1922 und Staudinger, Kommentar zum BGB., 117.

verlangt werden. Dem Gläubiger steht aber in diesem Falle das Recht zu, die sine causa geleistete Summe zurückzubehalten und seine Rückgabepflicht mit der Forderung, die ihm gegen den Schuldner zusteht, zu verrechnen. — Wegen Verschlechterung der Vermögenslage kommt dem Darleiher nicht nachträglich ein unbefristetes Rückforderungsrecht zu. Er kann seinen Anspruch zedieren.

Eigenartig liegt der Fall, wo A dem B ein Darlehen gibt, wogegen B dem A, statt Zinse zu zahlen, eine Wohnung überläßt. Ein derartiger Vertrag ist nicht, wie es die Ansicht von Hoeniger[218] ist, dem Begriffe der Miete zu unterstellen, mit der Begründung, die Ueberlassung der Wohnung stelle die Entgeltleistung für die Ueberlassung der Valuta dar. Hier ist der Darlehensvertrag maßgebend. Die Ueberlassung der Wohnung bildet die Gegenleistung für das Darlehen, an Stelle der Zinse. Die Frage, welche Kündigungsfristen in einem solchen Falle zu beobachten sind, begegnet daher auch nicht großen Schwierigkeiten, wie Hoeniger meint. Es gilt die Kündigungsfrist des Darlehensvertrages. Zahlt der Borger das Darlehen zur vereinbarten Zeit, bezw. nach Ablauf der Kündigungsfrist oder Mahnung nicht zurück, so kann der Darleiher die Wohnung verlassen und Verzugszinse verlangen. Weiteres Verbleiben in der Wohnung könnte dem Borger als Surrogat von Verzugszinsen angerechnet werden.

Wurde ein Darlehen zu Spielzwecken gegeben, so besteht gemäß Art. 513, Abs. 2 kein Rückforderungsrecht[219]. Im Prinzip ist es belanglos, wozu die Darlehensvaluta verwendet wird; ein Darlehen zu Spiel, Wette und solchen Differenzgeschäften, bei denen die Voraussetzungen des Spieleinwands vorhanden sind, ist jedoch, wie der Spielvertrag selbst, nicht klagbar[220]. Nicht aber ist ein Darlehen zu derartiger Verwendung nach

---

[218] Heinrich Hoeniger, Vorstudien zum Problem der gemischten Verträge, Diss. Freiburg i. B. 1906, 6 f.

[219] Auf Grund eines Schuldscheines für ein Darlehen zwecks Ausbeutung eines Spielsystems wird keine provisorische Rechtsöffnung erteilt, „Zeitschrift für Betreibungs- und Konkursrecht" 3, 326.

[220] Klagbar sind Spieldarlehensschulden nach französischem Recht, vgl. „Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht" 3, 143.

schweizerischer Rechtslehre gegen die guten Sitten[221], also doch immerhin erfüllbar. Der Darleiher muß anläßlich der Hingabe des Darlehens von dessen Verwendung zu Spiel usw. bestimmte Kenntnis haben, ansonst der Rückforderungsanspruch bestehen bleibt. Wurde ihm gesagt, die Summe werde zu Spielzwecken gebraucht, trifft dies nachträglich aber nicht zu, so ist infolge der anderweitigen Verwendung ein gültiger Darlehensvertrag entstanden. Dies deshalb, weil eben der Spielvertrag bei uns wohl als klaglos, nicht aber als sittenwidrig angesehen wird. Deshalb kann die Folge der Unsittlichkeit der Verträge im allgemeinen (Art. 20): unheilbare Nichtigkeit nicht eintreten[222]. Ein Fall echter Konvaleszenz liegt hier vor, nicht aber ein neuer Vertragsschluß.

Das Spiel und die sich aus ihm ergebenden Beziehungen gehören nicht dem Wirtschaftsleben an. Es handelt sich um arbeitslose Vermögensverschiebungen. Darum gewährt die Rechtsordnung keinen vollen Schutz. Dernburg namentlich erklärte die Förderung des Spiels durch Darlehen als verwerflich. Weniger streng in ihrer Auffassung war die Gesetzgebungskommission für das deutsche BGB.[223]: das Spiel dürfe nicht als etwas so Unerlaubtes angesehen werden, daß selbst einem mit ihm irgendwie in Zusammenhang stehenden oder in Zusammenhang gebrachten Darlehen klagvernichtende Wirkung zuerkannt werde. — Wenn aber diese Kommission anderseits so weit ging, daß sie die Klagbarkeit eines Darlehens zu Spielzwecken von den Umständen des einzelnen Falles abhängig erklärte, wobei es namentlich einer Prüfung bedürfe, ob die Hingabe gegen die guten Sitten verstoße, so darf es nicht verwundern, wenn die Rechtsprechung deutscher Oberlandesgerichte keine einheitliche ist[224].

Ein Darlehen, das erst nach Beendigung des Spiels, zur Deckung eines Verlustes gegeben wird, fällt nach dem Wort-

---

[221] Wohl aber dann, wenn es zum Betrieb einer nicht konzessionierten Spielbank oder zum Spiel bei einer solchen verwendet wird.

[222] Dies wird mancherorts übersehen, so neuerdings von H. Fisch, Verträge mit Spielcharakter, Diss. Bern 1928.

[223] Vgl. A. Elster, im „Handwörterbuch der Rechtswissenschaft" 5, 573.

[224] Vgl. „Rechtsprechung der Oberlandesgerichte" 12, 94, 18, 34 ff.; anderseits 8, 83, 40, 335.

laut von Art. 513, Abs. 2 hier außer Betracht, es ist klagbar[225]. Mitunter kommt es auch vor, daß Spielschulden als Darlehensschulden simuliert werden, um die ihnen ermangelnde Klagbarkeit zu verdecken. Die Sicherstellung von Darlehensansprüchen zwecks Spiel ist nicht wirksam, wenn der Bürge den Zweck kannte[226]. Der Bürge kann die Spieleinrede selbständig erheben.

Wurde das mit einem Spielvertrag in Verbindung stehende Darlehen gegen Ausstellung eines Schuldscheines oder eines Wechsels gegeben, so kommt weder im einen noch im andern Falle der Verpflichtung des Borgers Rechtswirksamkeit zu, Art. 514, Abs. 1. Die Rechte eines gutgläubigen dritten Wechselinhabers werden davon nicht berührt.

V. Die Rückzahlungsvaluta.

Nach der Praxis des Bundesgerichts[227] gilt für die Geldschulden grundsätzlich die Nennwert-, nicht die Kurswerttheorie, und zwar auch für Geldschulden in fremder Währung. Eine Ausnahme hiervon wurde nur bei vollständiger Entwertung einer Währung, wie z. B. der deutschen Mark gemacht, in Anwendung des Grundsatzes, daß die Erfüllung der Obligationen nach Treu und Glauben zu geschehen habe, gemäß Art. 2 ZGB. Es wird dann eine Lücke im Vertrag angenommen. Die Parteien haben nicht an derartige außerordentliche Umstände gedacht. „Diese fehlende Regelung ist vom Richter im Sinne beider Vertragsteile so zu ergänzen, wie diese sie vernünftigerweise getroffen haben würden, wenn sie den eingetretenen Verlauf der Dinge in Betracht gezogen hätten[228]." Als Vertreter der Annahme einer Lücke im Vertrag ist, was verschiedene Rechtsverhältnisse betrifft, auch Geiler[229] zu nennen. Sonderbarerweise aber gerade ausdrücklich nicht für den Darlehensvertrag. Fick[230]

---

[225] Dieser Meinung sind auch Dernburg, Pandekten § 212 III, P. Oertmann, Kommentar zum BGB. 2, 1, Anm. 4d zu § 762, sowie Oser, Anm. IV, 3b zu Art. 514.

[226] Obergericht Zürich in BlZürR. 17, 13.

[227] Prax 14, 340.

[228] BGE. 47 II 318.

[229] Die Geldentwertung als Gesetzgebungsproblem des Privatrechts. Mannheim 1923, 48.

[230] F. Fick, in ZSR. 44, 169.

hingegen bemerkt dazu: „Mir will scheinen, beim Darlehensverhältnis dränge sich die Lückentheorie noch mehr auf, falle aber zugunsten und zu Lasten beider Parteien mit der Behandlung nach Treu und Glauben zusammen." Was insbesondere Bankdarlehen anbelangt, so wird vom Bundesgericht[231] dazu gesagt: „Der deutsche Markgläubiger darf einer Schweizerbank gegenüber, zumal wenn diese in ähnlicher Weise wie ein deutsches Institut von der Währungsentwertung betroffen worden ist, nicht günstiger gestellt werden, als der schweizerische Markgläubiger einer deutschen Bank gegenüber[232]."

Falls die Parteien nicht die Effektiv- oder eine ähnliche Klausel vorgesehen haben, so ist der Borger berechtigt, eine auf ausländische Währung lautende Darlehensschuld in schweizerischer Währung zurückzuzahlen. Wenn v. Tuhr[233] allgemein sagt, bei einer auf fremde Währung lautenden Schuld, die in der Schweiz zu erfüllen ist, sei der Schuldner, entsprechend dem Inhalt der Obligation, zur Zahlung in der fremden Währung berechtigt und verpflichtet, so ist dies angesichts der in Art. 84, Abs. 2 erteilten Befugnis nicht haltbar.

Der Vertragswille bezüglich der Rückzahlungsvaluta kann sich auch aus andern Umständen als bestimmten Klauseln ergeben. Es ist also bei Darlehensschulden in Fremdwährung immer zuerst gründlich nach einer Parteiintention zu suchen. Bei hypothekarischen Kapitalanlagen ist in der Regel die Währung am Orte des belasteten Grundstücks maßgebend. Art. 84 hat seit den vielen europäischen Währungsentwertungen und -veränderungen erhöhte Bedeutung erlangt.

Erfolgt die Rückzahlung in ausländischer Währung, so hat die Umrechnung zum Kurse des Fälligkeitstages der Rückforderung zu geschehen[234]. Eigenartig ist hier die Auffassung Nußbaums[235], der der Berechnung im Prinzip, neben vertraglich bestimmten Relationen, den Kurs des Zeitpunktes der Darlehenshingabe zugrunde legen will. Vom allgemein international-privat-

---

[231] BGE. 54 II 318.

[232] Vgl. dazu auch DRGer. 114, 354 und 119, 289.

[233] A. a. O. 53 f.

[234] Für den Fall, wo Hin- und Rückgabe in zwei verschiedenen Fremdvaluten erfolgt, gibt Becker, Anm. 15 zu Art. 312 die Berechnungsart.

[235] A. a. O. 205.

rechtlichen Standpunkte aus sagt anderseits richtigerweise Walker[236], daß die Zahlung in anderem als Währungsgeld nach dem Kurse der Zeit und des Ortes der Zahlung zur Landeswährung zu berechnen sei. Der Kurswert des Rückzahlungstages muß dem Nennwert der inländischen Valuta am Tage der Hingabe entsprechen. Daher auch die Bezeichnung der Darlehensschuld als Wertschuld (vgl. S. 53 ff.). Da der Darleiher den Wert, den er aus seinem Vermögen als Darlehen hingegeben hat, wieder erhalten soll, so ist es naturgemäß der Borger, den die Aenderungen des Kurses treffen. Bei allen Wertschulden in Fremdwährung, also vornehmlich bei den Verträgen auf Rückgabe, befindet sich daher der Gläubiger, was die Frage der Tragung eines Kursfalles betrifft, in einer bedeutend besseren Lage wie bei andern Verträgen[237]. Bei diesen versteht es sich nur dann, wenn der Schuldner in Verzug geraten ist, ohne weiteres, daß ihn der Kursrückgang voll und ganz trifft. Ist also der innere Wert des fremden Geldes zwischen der Hin- und Rückgabe gestiegen oder gefallen, so hat der Borger deshalb nicht mehr oder weniger zurückzuzahlen als die vereinbarte Summe, entweder effektiv, gleich dem Betrag, der hingegeben wurde, oder umgerechnet in Schweizer Franken, entsprechend dem im Vertrage bezeichneten Nennwert.

Mangels einer Abrede kann der Borger wohl auch in der Währung zurückzahlen, in welcher der Darleiher Zinse angenommen hat. Dies ist auch die Meinung von Picot[238]: „Un grand élément de discernement de la volonté des parties est le mode d'exécution adopté par elles antérieurement au litige pour des prestations accessoires: paiement d'intérêts, s'il s'agit d'un prêt." Für den Fall der vollständigen Entwertung einer Währung bis zur Zeit der Rückzahlung allerdings hat das Bundesgericht[239] dieses Argument nicht zugelassen: „Die Entgegennahme von Zinszahlungen in Papiermark bedeutet nur deren Genehmigung als vertragsgemäße Leistung, nicht aber die Anerkennung, daß die Rückzahlung des Kapitals in Papiergeld als Erfüllung gelte."

---

[236] A. a. O. 392.

[237] Für Nicht-Wertschulden in ausländischer Währung stellt v. Tuhr Regeln auf in SJZ. 19, 17 ff.

[238] A. a. O. 303.

[239] BGE. 51 II 303 ff.

Dort, wo das Darlehensgeschäft als besonderer Geschäftszweig von Geld- und Kreditinstuten betrieben wird, gilt wohl diejenige Währung, unter welcher die Bank arbeitet[240]. Diese ist es ja auch, welche die Bedingungen des Kreditverhältnisses festsetzt. In dem Falle, wo der Borger eine Empfangsquittung oder einen Schuldschein ausgestellt hat, dürfte die Rückzahlungsvaluta zweifelsfrei feststehen; es ist die darin genannte[241].

Will der Borger das Darlehen vorzeitig zurückzahlen, so kann er von der Befugnis, schweizerisches statt ausländisches Geld anzubieten, beim Wortlaut des Art. 84, Abs. 2 wohl nicht Gebrauch machen. Jedenfalls ist dann Zustimmung des Darleihers notwendig. Denn bei Zahlung vor der Fälligkeit existiert ja noch kein Kurs des Verfalltages, zu dem der Borger gemäß Art. 84 zahlen dürfte.

Für die Rückzahlung von Anleihensobligationen in ausländischer Währung, beziehungsweise unter Zugrundelegung derselben; gilt nach einer Entscheidung des Bundesgerichts[242]: es ist nicht der Devisenkurs des Datums der Kündigung, sondern derjenige des Tages der Vorweisung maßgebend. Dies war in dem Falle, der Anlaß zu dieser Entscheidung bot, demjenigen der Anleihen des Crédit Foncier Franco-Canadien, für den Schuldner günstiger. Er hatte eben durch das Angebot der Rückzahlungsvaluta auf Basis der französischen Währung gemäß dem Wortlaut der betreffenden Obligationen seiner Schuldnerpflicht genügt, sodaß die Anleihensgläubiger infolge der zu Unrecht vorgenommenen Zurückweisung der Valuta in Annahmeverzug gerieten und sie daher den seit der Kündigung eingetretenen weiteren Fall der französischen Devise zu tragen hatten[242a].

Besonders gestaltet sich die Frage nach der Rückzahlungsvaluta dann, wenn die Währungen zweier Länder, wie Frank-

---

[240] Die Doktrin anerkennt heute die Anwendbarkeit des Domizilrechts besonders bei Verträgen, die berufsmäßig und gleichartig von gewissen Personen abgeschlossen werden, A. Homberger, Die obligatorischen Verträge im internationalen Privatrecht nach der Praxis des schweizerischen Bundesgerichts, Bern 1925, 61.

[241] Ebenso Cour d'Appel de Colmar v. 23. XI. 1923.

[242] Vom Mai 1928, „Neue Zürcher Zeitung" Nr. 985, 1928.

[242a] Vgl. dazu auch Pierre Jaudel, Les emprunts internationaux, in „Information" v. 14. X. 1931.

reichs und der Schweiz, denselben Namen tragen[242b]. Dabei nimmt Picot[243] an, dem Umstande, daß lediglich von Franken gesprochen worden sei, ohne nähere Bezeichnung, ob schweizerischer oder französischer Währung, komme Bedeutung zu und dies biete Anlaß zur Auslegung gemäß Art. 18. Es kommt aber auch hier wieder das reale Moment des Darlehensvertrages zur Geltung, wie aber auch dessen Wesen als Wertschuld. Daher bildet nicht die Währung, welche mündlich oder schriftlich vereinbart war, sondern diejenige, in der das Darlehen hingegeben wurde, die Rückzahlungsvaluta, bezw. die Grundlage für die Berechnung der Rückzahlungssumme. Dies wird sich ja in der Regel auch mit dem nach der international-privatrechtlichen Praxis des Bundesgerichts[244] für die Wirkungen der Obligation geltenden Recht des Erfüllungsortes, als des vermutlichen Parteiwillens, decken.

Bei Valutasturz im Lande des Borgers wird der Darleiher das Darlehen kündigen, falls er keine Sicherheiten besitzt. Zu einer Kündigung ohne Frist aber bietet dieses Ereignis allgemein keinen Grund. Dies ist mehr individuell, je nach der dadurch für den Borger geschaffenen Lage, zu beurteilen. Der Schluß, der Kurssturz könne so nicht weiter gehen, ist psychologisch ebensosehr begründet wie die Befürchtung eines weiteren Sinkens, sodaß jedenfalls nur Fälle „nachträglicher Prognose" in Betracht kommen können. Erfolgte der Kursfall in der Zeit zwischen dem Darlehensversprechen und der Auszahlung, so darf der Darleiher die letztere nicht etwa gestützt auf Art. 316 verweigern, da ja sein Anspruch auf Rückzahlung deswegen noch nicht ohne weiteres als gefährdet zu betrachten ist, weil die Bonität der Valuta nicht zugleich diejenige des Vertragskontrahenten darstellt. Die Ausbedingung einer Sicherstellung, sowie einer geeigneten Kursklausel, erscheint hier als zweckmäßig.

[242b] Die Rechtslage in Frankreich ist die, daß Art. 1895 des Code Civil Français die Geltendmachung der Geldentwertung für den Bereich des französischen Rechts verbietet. Nur wenn das Schuldverhältnis ein internationales ist, d. h. wenn Kontrahenten ein Franzose und ein Ausländer sind, läßt die französische Rechtsprechung eine Erhöhung des Nennbetrags zu. Wall, in „Deutsche Juristen-Zeitung" 1925, S. 770 ff. Buisson, a. a. O. 12 ff.

[243] A. a. O. 305.

[244] BGE. 32 II 268, 47 II 541, 49 II 292 usw.

Wer die aus gesetzlichen Veränderungen der Landeswährung sich ergebenden Verluste zu tragen hat, haben die betr. Münzgesetze zu bestimmen. Diese setzen in einem solchen Fall den Umrechnungskurs allgemein verbindlich fest. Der Gesetzgeber würde hier gegen Treu und Glauben, bezw. ordre public im internationalen Verhältnis, verstoßen, wenn dabei die ausländischen Gläubiger schlechter gestellt würden, als die inländischen.

VI. Die Verjährung der einzelnen Ansprüche.

Im allgemeinen beginnt die Verjährung einer Forderung nach dem Tage der Fälligkeit zu laufen, Art. 130, Abs. 1. Beim Darlehensvertrag dagegen statuiert Art. 315 für den Anspruch auf Annahme und denjenigen auf Hingabe gerade die Ausnahme von diesem Prinzip. Wir finden sozusagen eine Zweiteilung der Bestimmung in Art. 130 vor, indem für jede Partei eine besonders zu berechnende Verjährungsfrist läuft, und zwar nun eben mit der Eigenheit, daß sie erst nach dem Verfalltag, oder mangels eines solchen nach dem Tage der Mahnung durch die Gegenpartei beginnt. Darnach verjähren der Anspruch des Darleihers auf Annahme und derjenige des Borgers auf Aushändigung des Darlehens je in sechs Monaten, jeweils vom Eintritt des Verzuges der betr. Partei an gerechnet. Eine Duplizität der Verjährungsfrist kann es praktisch natürlich nicht geben. Wer Hingabe verlangt, will annehmen, wer zur Annahme mahnt, ist zur Hingabe bereit. Nur eines von beiden ist möglich. Wurde die Bestellung einer Sicherheit ausbedungen, so besitzt der Darleiher eine Einrede aus Art. 82. Die Frist kann dann nicht zu laufen beginnen, indem ja sonst die Vorbringung einer Einrede gemäß Art. 135, Ziff. 2 die Unterbrechung der Verjährung bewirkt. Dasselbe hat bei der gegenüber dem Anspruch auf Hingabe möglichen Einrede der Verrechnung zu gelten.

Eigentliche Bedeutung wird Art. 315 regelmäßig nur bei verzinslichen Darlehen zukommen. Stellen diese sechs Monate aber überhaupt eine echte Verjährungsfrist dar? Der spezielle, von dem Rechte der Verjährung abweichende Beginn der Frist vor allem scheint mir eher für eine Präklusivfrist und daher für Verwirkung nach deren Ablauf zu sprechen. Des ferneren han-

delt es sich bei der Verjährung um das Erlöschen eines lange vorhanden gewesenen, in höherem Grade rechtswidrigen Zustandes wie bei der Verwirkung, da damit eine Forderung aus einer bereits erfolgten Zuwendung dahinfällt. Hier aber ist Voraussetzung namentlich, daß weder der Darleiher auf Annahme, noch der Borger auf Hingabe geklagt hat, nicht mehr darauf besteht. Bei beiden Parteien ist das Interesse an der Erfüllung nachträglich weggefallen. Ist dieses aber nicht mehr vorhanden, so ist auch kein Schaden eingetreten, da ja noch keine Zuwendung erfolgte, wie es bei der wirklichen Verjährung der Fall zu sein pflegt. Bei dieser Rechtslage kann das Gesetz auch nicht die Wirkung wollen, welche sich bei der Annahme einer Verjährung ergeben würde auf Seite des Gläubigers, d. h. hier desjenigen, der das seinerseits zum Zustandekommen der Hingabeforderung Erforderliche getan hat, nämlich die Möglichkeit, sich seiner Forderung nach Eintritt der Verjährung einredeweise, zur Abwendung einer Forderung des andern Kontrahenten zu bedienen. Aus der Betrachtung als Verwirkung ergibt sich vielmehr die — allem Anschein nach vom Gesetz trotzdem gewollte — Folge: endgültiges Erlöschen der Obligation, während bei der Verjährung Erfüllung immer noch möglich ist, da eine Naturalobligation übrig bleibt. Die aus Art. 315 sich ergebenden Folgen hingegen können durch die Parteien nicht rückgängig gemacht werden. Es sei denn, daß sie einen neuen Vertrag schließen. Dokumentiert wird das Interesse an der Erfüllung vom Darleiher konkludent dadurch, daß er die Summe vor Ablauf der sechs Monate gerichtlich hinterlegt. Mit der Verjährung der Forderung auf Hingabe oder auf Annahme verjährt auch eine Schadensersatzforderung, die unter Umständen neben den Verzugszinsen gemäß Art. 106 hätte geltend gemacht werden können. Nach dem Tage der richterlichen Feststellung des Anspruchs der einen oder andern Partei läuft die zehnjährige Verjährungsfrist[245].

Die sechs Monate des Art. 315 stellen die kürzeste Verjährungsfrist des OR. dar. Der Umkehrschluß aus Art. 129

---

[245] Nicht richtig Schneider-Fick, Anm. 3 zu Art. 315, der auch in diesem Falle wieder die sechsmonatliche Frist ansetzen will. Diese Wirkung zeitigt die bloß private Anerkennung durch den Schuldner, Art. 135.

ergibt, daß sie vertraglich noch kürzer, oder aber auch länger bemessen sein kann. Jedenfalls aber nicht so kurz, daß dadurch dem Gläubiger eine Rechtsverfolgung in unbilliger Weise erschwert oder gar unmöglich gemacht wird.

Von echter Verjährung[246] kann demnach erst nach erfolgter Hingabe, bezüglich der Forderung auf Rückzahlung sowie der Zinsansprüche gesprochen werden. Während erstere der gewöhnlichen Frist von zehn Jahren unterliegt, verjähren letztere schon nach fünf Jahren, Art. 128, Ziff. 1, welche Frist je mit der Fälligkeit der betr. Zinsrate beginnt. Wurden Zinse zum Kapital geschlagen, so kommt dies nicht in Frage. Wenn soeben gesagt wurde, daß Zinse nach Ablauf von fünf Jahren verjähren, so ist dabei immerhin eine Einschränkung zu machen, nach Maßgabe von Art. 133, wo bestimmt wird, daß mit dem Hauptanspruch in jedem Fall auch die aus ihm entspringenden Zinse, sowie andere Nebenansprüche verjähren. Bei öffentlichen Anleihen anderseits, bei denen der Zinsanspruch in einem Wertpapier verselbständigt ist, können nach Art. 114, Abs. 3 auch verjährte Coupons noch eingelöst werden. Abzahlungsraten fallen nicht etwa unter den Begriff der „anderen periodischen Leistungen" des Art. 128, Ziff. 1. Sie bilden Quoten des Darlehenskapitals und unterstehen daher der gewöhnlichen Verjährungsfrist. Unverjährbar ist die Forderung des Darleihers, wenn sie hypothekarisch gesichert ist, Art. 807. ZGB. Wurde ein Mobiliarpfand bestellt, so ist das Resultat praktisch dasselbe. Art. 140 schließt zwar die Verjährung bei Bestehen eines Fahrnispfandrechts nicht aus, der Darleiher kann aber seine Befriedigung stets noch aus dem Pfandgegenstand erlangen. Das nämliche gilt im Falle einer Sicherungsübereignung oder eines Retentionsrechts.

Der aus Art. 130 zu entnehmende Grundsatz, wonach die Verjährung mit der Entstehung der Forderung beginnt, sofern diese sofort fällig ist, kann aber wohl Anwendung finden auf die Rückforderung, wenn Rückzahlung auf beliebige Aufforderung hin vereinbart ist, da diese Abrede ja sofortige Fälligkeit bewirkt. Die Verjährung des Rückforderungsanspruchs beginnt, weil die Forderung kündbar ist, gemäß Art. 130, Abs. 2 nach

---

[246] E. Blumenstein, Verwirkung und Ablauf der Befristung, Diss. Bern 1901, 86 sieht die Präklusivfrist als Surrogat der Verjährung an.

dem Tag, auf den erstmals hätte gekündet werden können, also sechs Wochen nach der Hingabe des Darlehens. Aber nur soweit als keine Vereinbarung über die Rückzahlungszeit getroffen wurde. Durch Zins- und Teilzahlungen wird die Frist unterbrochen. Ohne die Bestimmung des Art. 130, Abs. 2 würde ein kündbares Darlehen, solange der Darleiher nicht kündigt, nicht verjähren, und könnte, da es für die Kündigung keine zeitliche Grenze gibt, nach beliebig langer Zeit geltend gemacht werden. Wie der Einzelrichter in SchK.-Sachen von Glarus[247] richtig entschieden hat, kann auf vertragliche Fälligkeitstermine verzichtet werden, auch durch konkludentes Verhalten. Das Darlehen wird dadurch auf sechs Wochen kündbar. Mit der Eröffnung eines gerichtlichen Urteils beginnt stets die ordentliche Verjährungsfrist zu laufen.

[247] In SJZ. 12, 315.